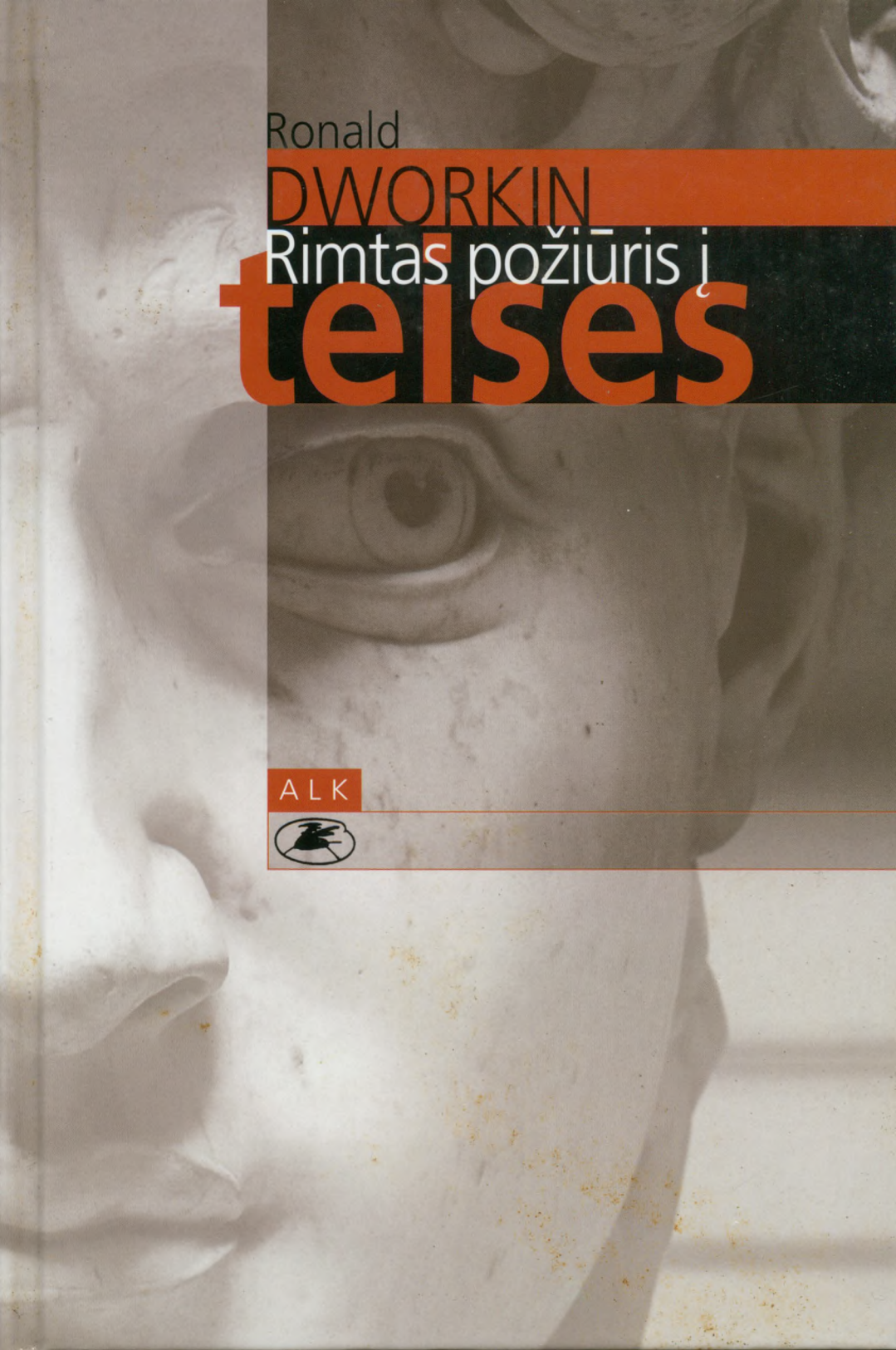

Ronald

DWORKIN

Rimtas požiūris į teisės

ALK

Ronald Dworkin

RIMTAS POŽIŪRIS Į TEISES

IŠ ANGLŲ KALBOS VERTĖ
KAROLIS KLIMKA

LIETUVOS
RAŠYTOJŲ SĄJUNGOS
LEIDYKLA
VILNIUS

UDK 34:316
Dv79

Versta iš:
Ronald Dworkin,
Taking Rights Seriously,
Harvard University Press, 1999.

This edition is published with the support
from the Open Society Fund – Lithuania and from the CEU
Translation Project of the Open Society Institute – Budapest

Knygos leidimą finansavo Atviros Lietuvos fondas
ir Atviros visuomenės institutas Budapešte
(Vidurio Europos universiteto Vertimų projektas)

ISSN 1392-1673
ISBN 9986-39-313-2
Published by arrangement with
Harvard University Press
Copyright © 1977, 1978 by Ronald Dworkin.
All rights reserved.
Specialusis redaktorius Jaunius Gumbis
© Vertimas, Karolis Klimka, 2004
© Dizainas, Romas Orantas, 2004
© Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla, 2004

Turinys

Įvadas / 7

1. JURISPRUDENCIJA / 19

2. I NORMŲ MODELIS / 37

3. II NORMŲ MODELIS / 79

4. SUNKIOSIOS BYLOS / 125

5. KONSTITUCINĖS BYLOS / 193

6. TEISINGUMAS IR TEISĖS / 218

7. RIMTAS POŽIŪRIS Į TEISES / 262

8. PILIETINIS NEPAKLUSNUMAS / 291

9. ATVIRKŠTINĖ DISKRIMINACIJA / 315

10. LAISVĖ IR DOROVĖ / 339

11. LAISVĖ IR LIBERALIZMAS / 364

12. KOKIAS MES TURIME TEISES? / 373

13. AR TEISĖS GALI BŪTI KONTROVERSIŠKOS? / 390

Priedas: Atsakymas kritikams / 406

Vardų rodyklė / 515

Įvadas

1.

Atskiri tekstai, tapę šios knygos skyriais, buvo rašomi tuo metu, kai vyko dideli politiniai ginčai dėl to, kas yra teisė ir kas bei kada turi jai paklusti. Be to, tuo metu ėmė akivaizdžiai smukti politinių pažiūrų, vadinamų liberalizmu, – kadaise puoselėtų kone visų politikų, – prestižas. Vyresnieji kaltino liberalizmą neprincipingumu, o jaunimas jį smerkė dėl nelankstumo, ekonominio neteisingumo ir karo Vietname. Netikrumas dėl teisės atspindėjo netikrumą dėl tradicinių politinių pažiūrų.

Šią knygą sudarantys tekstai apibrėžia ir gina liberaliąją teisės teoriją. Kita vertus, laikomasi itin kritiško požiūrio į kitą teoriją, kurią labai daug kas mano esant liberalią. Ši teorija buvo ir tebėra tokia populiari ir įtakinga, kad vadinsiu ją viešpataujančia teisės teorija. Ši viešpataujanti teorija susideda iš dviejų dalių, kurias ji pati tvirtina esant tarpusavyje nesusijusias. Pirmoji dalis – teorija aiškinanti, kas yra teisė; kalbant ne taip pompastiškai, tai teorija apie būtinas ir pakankamas teisinio teiginio teisingumo sąlygas. Tai teisinio pozityvizmo teorija, teigianti, jog teisinių teiginių teisingumą sudaro faktai apie normas, priimtas tam tikrų socialinių institucijų, – ir tik tai. Antroji dalis – teorija apie teisę, kokia ji turi būti ir kaip turi elgtis įprastos teisinės institucijos. Tai utilitarizmo teorija, tvirtinanti, jog teisė ir jos institucijos turi tarnauti bendrajai gerovei ir daugiau niekam. Abi viešpataujančios teorijos dalis galima kildinti iš Jeremy Benthamo filosofijos.

Šių esė kritinė dalis skirta abiejų šios teorijos dalių kritikai, be to, čia kritikuojama prielaida, kad jos yra nepriklausomos viena nuo kitos. Konstruktyvioji argumentacijos dalis akcentuoja idėją, kuri taip

pat kyla iš liberaliosios tradicijos, tačiau yra svetima tiek teisiniam pozityvizmui, tiek utilitarizmui. Tai sena individualių žmogaus teisių idėja. Benthamas šią idėją yra pavadinęs „nesąmone su kojūkais".

2.

Bendroji teisės teorija privalo būti ir normatyvinė, ir konceptuali. Jos normatyvinė dalis turi aiškinti daugelį dalykų, kuriuos galima suskirstyti taip. Ji privalo pateikti teisėkūros, bylų sprendimo *(adjudication)* bei paklusimo *(compliance)* teoriją; šios trys teorijos normatyvinius teisės klausimus aiškina remdamosi įstatymų leidėjo, teisėjo bei eilinio piliečio požiūriais. Teisėkūros teorija turi apimti legitimumo teoriją, aprašančią sąlygas, kuriomis paskiras asmuo arba grupė turi įgaliojimus kurti teisę, bei legislatyvinio teisingumo teoriją, kuri nusako, kokią teisę kurti jie yra įpareigoti. Bylų sprendimo teorija taip pat turi būti sudėtinė: ji turi apimti ginčo *(controversy)* teoriją, nustatančią standartus, kuriais teisėjai turi remtis spręsdami sunkiąsias teisės bylas *(hard cases)*, bei jurisdikcijos teoriją, kuri aiškina, kodėl ir kada būtent teisėjai, o ne kitos grupės ar institucijos, turi priimti sprendimus, reikalaujamus ginčo teorijos. Paklusimo teorija turi lyginti ir aptarti du aspektus: ją turi sudaryti paklusimo teisei *(deference)* teorija, kuri aiškina piliečio pareigos paklusti įstatymams skirtingų valstybės formų sąlygomis ir įvairiomis aplinkybėmis esmę ir ribas, bei teisės taikymo *(enforcement)* teorija, kuri nustato teisės taikymo ir nubaudimo tikslus bei aprašo, kaip pareigūnai turi reaguoti į skirtingų kategorijų nusikaltimus ar pažeidimus.

Bendroji teisės teorija taip pat aiškina dalykus, kurie neišsitenka nė vienoje iš minėtų kategorijų, o tema, patenkanti į vieną kurią iš šių kategorijų, gali priklausyti ir kitoms kategorijoms. Antai politiškai delikatus konstitucionalizmo klausimas yra legitimumo teorijos klausimas. Kodėl ir kada išrinktiesiems daugumos atstovams gali būti neleidžiama priimti įstatymą, kuris jiems atrodo teisingas ir efektyvus? Tačiau ir konceptualiojoje teisės teorijos dalyje keliamas pa-

našus klausimas. Ar fundamentaliuosius konstitucijos principus, kurie apibrėžia, kas yra kompetentingas kurti teisę ir kaip ji turi būti kuriama, galime laikyti teisės dalimi? Šis konceptualus klausimas akivaizdžiai susijęs su kitais legitimumo ir jurisdikcijos klausimais. Jeigu politiniai konstitucijos principai yra teisė, tuomet teisėjų įgalinimai spręsti, ko reikalauja konstitucija, turi tvirtą pagrindą, bent jau *prima facie;* jeigu tie principai, nors ir nebūdami valingo socialinio ar politinio sprendimo rezultatas, yra teisė, tuomet tas faktas, jog teisė gali būti – šia prasme – natūrali, yra argumentas riboti daugumos galią, įtvirtintą konstitucijoje. Ir konceptualus klausimas, ir jurisdikcijos bei legitimumo klausimas akivaizdžiai siejasi su paklusimo teorija; pavyzdžiui, jie neatsiejami nuo klausimo, ar disidentas gali įtikinamai (netgi – ar gali suprantamai) pasakyti geriau už įstatymų leidėjus ir teisėjus suprantąs, ko reikalauja konstitucija kaip pamatinis įstatymas.

Taigi įvairios bendrosios teisės teorijos dalys tarpusavyje susijusios sudėtingais saitais. Be to, ir pačią bendrąją teisės teoriją daugelis dalykų sieja su kitomis filosofijos sritimis. Normatyvinė teorija remiasi bendresnio pobūdžio politine ir moralės filosofija, kuri savo ruožtu gali būti priklausoma nuo filosofinių žmogaus prigimties ar moralės objektyvumo teorijų. Konceptualioji dalis remiasi kalbos filosofija, taigi logika ir metafizika. Pavyzdžiui, teisinių teiginių reikšmės klausimas, klausimas, ar jie visuomet yra teisingi arba klaidingi, tiesiogiai susijęs su labai sudėtingais ir ginčijamais filosofinės logikos klausimais. Todėl bendroji teisės teorija turi nuolat užimti vieną ar kitą ginčijamą poziciją filosofijos klausimais, kurie nėra grynai teisiniai.

3.

Benthamas buvo paskutinis anglų ir amerikiečių tradicijos filosofas, pasiūlęs tokią bendrą – mūsų paaiškinta prasme – teisės teoriją. Jo veikaluose galime išskirti bendrosios teisės teorijos konceptualiąją ir normatyvinę dalis, o pastarąją galima išskaidyti į legitimumo teoriją,

legislatyvinio teisingumo teoriją, jurisdikcijos teoriją ir ginčo teoriją, kurios susijusios atitinkamai su politine ir moraline utilitarizmo teorija bei bendresne metafizine empirizmo teorija. Kiekvienas iš šių bendrosios teorijos komponentų buvo plėtojamas ir tobulinamas įvairių teisininkų teoretikų, tačiau viešpataujanti teisės teorija, tiek anglų, tiek amerikiečių mokyklos pavidalais, liko ištikima Benthamui.

Konceptualioji jo teorijos dalis – teisinis pozityvizmas – buvo intensyviai tobulinama. Stipriausia šiuolaikinė pozityvizmo versija yra pasiūlyta H. L. A. Harto, – ir būtent Harto versija yra pagrindinis šioje knygoje plėtojamos kritikos objektas. Normatyvinė Benthamo teorijos dalis buvo gerokai patobulinta – teisės teorija praturtinta ekonomine analize. Ekonominė analizė pateikia standartus, pagal kuriuos galima nustatyti ir išmatuoti individų, sudarančių bendruomenę, gerovę (nors dėl šių standartų esmės [*nature*] daug diskutuojama), ir tvirtina, jog į legitimumo, legislatyvinio teisingumo, jurisdikcijos, ginčo teorijos, taip pat paklusimo bei teisės taikymo teorijos normatyvinius klausimus galima atsakyti tik remiantis prielaida, jog teisinės institucijos sudaro sistemą, kurios bendras tikslas yra užtikrinti kiek įmanoma aukštesnį vidutinį šių individų gerovės lygį. Ši bendroji normatyvinė teorija pabrėžia tai, ką ankstesnės utilitarizmo versijos dažnai ignoruodavo: jog šio bendrojo tikslo link bus artėjama sėkmingiau, jei skirtingoms institucijoms bus adresuojami skirtingos rūšies klausimai, vadovaujantis tam tikra institucinės kompetencijos teorija, užuot tarus, jog visos institucijos yra vienodai pajėgios numatyti atskiro politinio sprendimo poveikį bendrajai gerovei[1].

Kadangi teisinis pozityvizmas ir ekonominis utilitarizmas yra sudėtingos doktrinos, viešpataujanti teisės teorija turi daug priešininkų, kurie yra ne mažiau priešiški vienas kitam nei savo bendram priešui. Viešpataujančiai teorijai oponuoja, pavyzdžiui, įvairios kolektyvizmo formos. Teisinis pozityvizmas remiasi nuostata, kad teisę kuria eksplicitiška socialinė praktika arba institucinis sprendimas; jis

[1] Žr., pvz., įtakingą mokomosios medžiagos rinkinį, parengtą H. M. Harto ir A. Sachso, *The Legal Process* (Harvardo teisės mokyklos mimeografinė publikacija).

atmeta romantiškesnę sunkiau suprantamą idėją, jog teisėkūra gali būti implicitiškos bendrosios ar kolektyvinės valios produktas. Ekonominis utilitarizmas taip pat yra individualistinis (nors tik tam tikru mastu). Legislatyvinio teisingumo standartu jis laiko visuotinę arba vidutinę gerovę, tačiau pačią visuotinę gerovę apibrėžia kaip atskirų individų gerovės funkciją ir atkakliai priešinasi idėjai, jog bendruomenė turi kokį nors nepriklausomą interesą arba teises *(entitlement)* kaip apibrėžti galimą dalyką.

Viešpataujanti teorija kritikuojama ir dėl to, kad ji yra racionalistinė. Savo konceptualiojoje dalyje ji moko, kad teisė yra vyrų ir moterų valingo ir tikslo siekiančio sprendimo produktas, kuriuo tikimasi pakeisti bendruomenę, turinčią bendrai paklusti jų sprendimu sukurtoms normoms. Savo normatyvinėje dalyje ji rekomenduoja tokiais motyvais pagrįstus sprendimus, taigi suponuoja, jog politines pareigas einantys vyrai ir moterys gali būti pakankamai įgudę, išsilavinę bei dori tokiems sprendimams priimti didelio netikrumo aplinkybėmis labai sudėtingose bendruomenėse.

Kai kurie iš viešpataujančios teorijos individualizmo ir racionalizmo kritikų atstovauja tam, kas politinėse diskusijose dažnai pavadinama „kaire". Jie mano, kad teisinio pozityvizmo formalizmas verčia teismus rūpintis tik proceso gudrybėmis, kurios užtikrina konservatyviai socialinei politikai palankų teisingumą ir neskatina jų galvoti apie platesnį ir turiningesnį teisingumą, kuris, ko gero, sužlugdytų tą politiką. Jie mano, kad ekonominis utilitarizmas yra neteisingas dėl jo padarinių: jis didina skurdą kaip efektyvumo priemonę, o jo žmogiškosios prigimties teorija yra ydinga, nes jis individus laiko savanaudiškais visuomenės atomais, o ne iš esmės socialiomis būtybėmis, kurių bendruomeniškumo jausmas yra esminė jų savimonės dalis.

Kita vertus, daugelis kitų viešpataujančios teorijos kritikų yra siejami su politine dešine[1]. Jie vadovaujasi savita Edmundo Burke'o filosofija, kuri neseniai išpopuliarėjo amerikiečių politinėje teorijo-

[1] Žr., pvz., Hayek, *Law, Liberty and Legislation.*

je, ir mano, jog tikroji bendruomenės teisė yra ne tik valingi sprendimai, kuriems teisinis pozityvizmas teikia išskirtinę reikšmę, bet ir visa smelkiantis paprotinis moralumas, turintis didelės įtakos tiems sprendimams. Anot jų, ekonominis utilitarizmas, kuris tvirtina, kad valingi sprendimai, priešingai nei konvencinis moralumas, gali pakelti bendruomenės gerovę, yra beviltiškai optimistiškas. Įkandin Burke'o jie argumentuoja, jog normos, palankiausios bendruomenės gerovei skatinti, gali kilti tik iš tos bendruomenės patirties, todėl derėtų labiau pasikliauti nusistovėjusia socialine kultūra, o ne utilitaristų, kurie manosi esą išmintingesni už pačią istoriją, socialine inžinerija.

Vis dėlto nė vienas iš šių labai skirtingų kritinių argumentų viešpataujančios teorijos atžvilgiu nepajudina vieno specifinio mano paminėto šios teorijos aspekto. Nė vienas nenurodo, jog viešpataujanti teorija yra ydinga dėl to, kad atmeta idėją, jog individai gali turėti valstybės atžvilgiu teisių, kurios yra pirmesnės už teises, sukurtas eksplicitiškos teisėkūros. Priešingai: kairioji ir dešinioji opozicija sutartinai smerkia viešpataujančią teoriją dėl, jų supratimu, per didelio rūpesčio individų kaip tokių likimu. Individualių teisių griežtąja prasme idėją, kurią gina ši knyga, jie laiko tiesiog išpūstu atveju ligos, kuria ir taip serga viešpataujanti teorija.

4.

Žinoma, tą idėją įvairiausiomis formomis plėtojo daug skirtingų filosofų, bet viešpataujanti teorija atmeta visas šios idėjos formas. Teisinis pozityvizmas nepripažįsta idėjos, kad juridinės teisės gali egzistuoti iki teisėkūros bet kokiu pavidalu; kitaip tariant, jis atmeta idėją, jog individai ar grupės gali turėti kokių nors kitų teisių bylų sprendimo atveju, išskyrus tas, kurias numato eksplicitiškų normų visuma, sudaranti bendruomenės teisę. Ekonominis utilitarizmas nepripažįsta idėjos, kad politinės teisės gali egzistuoti iki juridinių teisių, t. y. kad piliečiai gali pagrįstai protestuoti prieš įstatymų leidėjų sprendimą kokiu nors kitu pagrindu, išskyrus tą, kad sprendimas iš tikrųjų netarnauja bendrajai gerovei.

Viešpataujančios teorijos priešiškumas prigimtinėms teisėms daugeliu atveju yra pasekmė Benthamo propaguotos idėjos, kad prigimtinės teisės nesuderinamos su tikrai empiriška metafizika. Liberalai įtariai žiūri į mėgavimąsi ontologija. Jie mano, kad įvairių kolektyvizmo formų esminį trūkumą lemia tai, jog jos remiasi tokiais mistiniais dalykais kaip kolektyvinė valia ar nacionalinė dvasia, todėl yra priešiški ir bet kokiai prigimtinių teisių teorijai, kuri iš pažiūros taip pat remiasi tokiais pat įtartinais esiniais. Tačiau šioje knygoje ginama individualių teisių idėja nesuponuoja jokių mistinių formų; iš tikrųjų ta idėja savo metafiziniu pobūdžiu niekuo nesiskiria nuo pagrindinių pačios viešpataujančios teorijos idėjų. Tiesą sakant, ji parazitiškai naudojasi svarbiausiąja utilitarizmo idėja – bendruomenės kaip visumos kolektyvinio tikslo idėja.

Individualios teisės yra politiniai koziriai individų rankose. Individams jų teisės tampa aktualios, kai dėl vienų ar kitų priežasčių kolektyvinis tikslas yra nepakankamas pagrindas, kuriuo remiantis būtų galima iš jų, kaip individų, atimti laisvę ką nors turėti ar ką nors daryti, arba nepakankamas priverstinio praradimo ar nuskriausimo pateisinimas. Žinoma, toks teisės *(right)* apibūdinimas yra formalus, nes nenurodo, kokias teises žmonės turi, ir neužtikrina, kad jie apskritai turi kokias nors teises. Tačiau jis nesuponuoja, kad teisės turi kokį nors ypatingą metafizinį statusą, taigi teorija, ginama šioje knygoje, šiuo mastu atitrūksta nuo senesniųjų teisių teorijų, kurios remiasi būtent tokia prielaida.

Mūsų ginamai teorijai reikalingas žodynas, įgalinantis atskirti skirtingus individualių teisių tipus. Toks žodynas pateikiamas 4-ame skyriuje. Svarbiausia iš ten pateiktų perskyrų yra dviejų politinių teisių formų atskyrimas: pamatinių teisių *(background rights),* į kurias abstrakčiai apeliuojama nesutinkant su sprendimais, priimamais bendruomenės ar visuomenės kaip visumos, ir specifiškesnių institucinių teisių, kurios priešpriešinamos konkrečios institucijos priimtiems sprendimams. Juridines teises tuomet galima identifikuoti kaip atskirą politinių teisių rūšį, t. y. kaip institucinę teisę į teismo, kaip sprendžiamąją funkciją atliekančios instancijos, sprendimą.

Šio žodyno terminais, teisinis pozityvizmas yra teorija, skelbianti, jog individai juridinių teisių turi tik tiek, kiek sukūrė eksplicitiški politiniai sprendimai ar ekplicitiška socialinė praktika. 2-ame ir 3-ame skyriuose ši teorija kritikuojama kaip neadekvati konceptualinė teisės teorija. 4-ame skyriuje siūloma alternatyvi konceptualinė teorija, kuri parodo, jog individai gali turėti ir kitų juridinių teisių, ne tik tas, kurias sukūrė eksplicitiškas sprendimas ar praktika, t. y. jog jie gali turėti teisę į tam tikrus teismo sprendimus net ir sunkiosiose bylose, kai nei eksplicitiškas sprendimas, nei praktika nereikalauja nei vienokio, nei kitokio sprendimo.

4-o skyriaus argumentacija konstruoja sąsają tarp konceptualiosios ir normatyviosios siūlomos teorijos dalių. Ji siūlo normatyvinę bylų sprendimo teoriją, kuri pabrėžia skirtumą tarp principo argumento ir politinės nuostatos argumento bei gina teiginį, jog teisėjo sprendimai, pagrįsti principo argumentu, dera su demokratijos principais. 5-as skyrius šią normatyvinę bylų sprendimo teoriją taiko iškiliausioms ir politiškai reikšmingoms konstitucinio teismo byloms. Remiantis šia teorija čia kritikuojami debatai tarp vadinamojo teisinio aktyvizmo ir konstitucinės teisės suvaržymų teorijos bei ginamas vien tik principo argumentu besiremiančios teisminės peržiūros teisingumas – net politiškai prieštaringų bylų atveju.

6-ame skyriuje diskutuojama dėl įstatyminių teisių teorijos pagrindų. Analizuodami stiprią ir įtakingą Johno Rawlso teisingumo teoriją, čia argumentuojame, jog mūsų intuityvus teisingumo supratimas remiasi ne tik ta prielaida, jog žmonės turi teises, bet ir ta, jog viena iš tų teisių yra fundamentali ir netgi aksiominė. Pati fundamentaliausia yra savarankiška teisės į lygybę koncepcija – šią teisę vadinu teise į vienodą rūpestį ir pagarbą.

7-as ir 8-as skyriai gina normatyvinę paklusimo teoriją. 7-as skyrius svarsto atvejus, kai ginčo objektu tampa individo įstatyminės teisės, bet nebūtinai – ir juridinės. Čia plėtojami argumentai nesiekia apginti kokią nors konkrečią individualių teisių grupę, jie tik nurodo tam tikras pasekmes, susijusias su pripažinimu, jog individai turi tam tikrų įstatyminių teisių, skirtingų nuo jų juridinių teisių ir pir-

mesnių už pastarąsias. Taigi ši paklusimo teorija nesiremia kokiomis nors išankstinėmis prielaidomis apie žmonių pamatinių ir įstatyminių teisių, kurias individai iš tikrųjų turi, pobūdį; ji neturi išankstinio nusistatymo nė dėl 6-ame skyriuje padarytos abstrakčios išvados. Šiuo mastu ji atitinka reikalavimą, keliamą kiekvienai politinei teorijai, siekiančiai skirti svarbią vietą teisėms: paaiškina, kaip įmanomas paklusimas netikrumo ir prieštaros dėl to, kokias teises iš tikrųjų turi žmonės, aplinkybėmis.

8-as skyrius papildo analizę, aptardamas tuos atvejus, kai netikrumo ir prieštaros objektu tampa juridinės teisės. Čia svarstomi du svarbūs ir dažnai deramo dėmesio stokojantys paklusimo teorijos klausimai: kokios yra piliečio pamatinės teisės ir prievolės, jei jo konstitucinės teisės yra neaiškios, bet jis nuoširdžiai tiki, kad valdžia neturi juridinės teisės versti jį daryti tai, ką jis mano esant neteisinga? Kokia yra pareigūnų atsakomybė, kurie mano, kad jo supratimas apie tai, kas yra teisė, yra nuoširdus, nors ir neteisingas?

9-as skyrius grįžta prie 6-ame skyriuje aptartos teisės į rūpestį ir pagarbą. Čia atskleidžiamas lygybės koncepcijos privalumas interpretuojant įžymiąją Jungtinių Valstijų Konstitucijos Keturioliktosios pataisos nuostatą apie vienodą apsaugą bei parodoma, jog taip pritaikyta lygybės koncepcija patvirtina mūsų intuicijas dėl rasinės diskriminacijos bei remia politiškai kontroversišką praktiką – vadinamąją atvirkščiąją diskriminaciją.

10-as, 11-as ir 12-as skyriai svarsto konkuruojančius teiginius apie kitą teisę, kurią daugelis politikos filosofų taip pat manė esant fundamentalią tarp visų politinių teisių; tai vadinamoji teisė į laisvę *(right to liberty)*, kuri dažnai suprantama ne tik kaip teisės į lygybę varžovė, bet ir – bent jau kai kuriais atvejais – kaip nesuderinama su ta teise. 12-ame skyriuje argumentuojama, jog teisės į laisvę – kaip tokios – nėra; ir kad iš tikrųjų pati tokios teisės idėja yra nesusipratimas. Čia anaiptol neatmetama idėja, jog individai turi teisę į tam tikras atskiras laisves, kaip antai: teisę į asmeniškus moralinius sprendimus, aptariamą 10-ame skyriuje, arba teisę į laisves, aprašytas konstituciniame Teisių bilyje. 12-ame skyriuje argumentuojama, jog šios

konvencinės teisės yra išvestinės, bet jos išvestos ne iš abstraktesnės bendros teisės į laisvę kaip tokios, o iš pačios teisės į lygybę. Taigi mūsų knyga prieštarauja populiariai ir pavojingai idėjai, kad individualizmas yra lygybės priešas. Ši idėja yra bendra klaida liberalių pažiūrų žmonių, nekenčiančių lygybės, ir egalitaristų, nekenčiančių laisvės; kiekvienas puola savo paties idealą, tik kitaip pavadintą.

5.

Į šią knygą sudėtos esė sudaro užbaigtos teisės teorijos pamatinę struktūrą. Tačiau nors jos visos buvo rašomos turint omenyje tokios teorijos projektą, buvo rašomos atskirai, todėl skaitant jas drauge, pasitaiko pasikartojančių detalių arba nevienodų akcentų. Jos nesvarsto visų prieštaravimų, kuriuos sukels tai, kas jose sakoma, ir nepasako visko, ką aš norėčiau pasakyti apie daugelį jose gvildenamų temų.

Pavyzdžiui, mano teorija nenumato kokios nors mechaniškos procedūros, kuri padėtų įrodyti, kokias politines teises – pamatines ar juridines – turi individas. Priešingai, visos esė pabrėžia, kad esama sudėtingų atvejų, tiek politikoje, tiek teisėje, kuriuos spręsdami blaiviai mąstantys teisininkai ginčysis dėl teisių ir nė vienas neturės tokio argumento, kuris būtinai įtikintų kitą. Gali būti prieštarauta, jog tokiomis aplinkybėmis nėra prasmės laikytis prielaidos, kad apskritai egzistuoja kažkokios teisės. Šis priekaištas suponuoja bendrą filosofinę teoriją, pagal kurią teiginys negali būti laikoma teisingu, jeigu nėra kokios nors procedūros, įgalinančios – bent jau iš principo – jo tiesą įrodyti tokiu būdu, kad kiekvienas protingas žmogus sutiktų, jog tai teisinga. 13-ame skyriuje argumentuojama, kad nėra jokio pagrindo sutikti su šia bendra filosofine pozicija ir yra priežasčių ją atmesti, ypač tuomet, kai ji taikoma argumentams apie teises[1].

Tačiau kas nors galėtų prieštarauti, jog, šiaip ar taip, praktiniu požiūriu reikšti pretenzijas į teises ar argumentuoti jas nėra prasmės,

[1] Žr. taip pat „No Right Answer", kn.: *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, London 1977.

jeigu negalima įrodyti tų pretenzijų teisingumo ar klaidingumo. Toks priekaištas yra netaiklus. Jeigu taip būtų, mes negalėtume suprasti svarbių politinės argumentacijos sąžiningumo arba politinio sprendimo atsakomybės idėjų; tiesą sakant, negalėtume suvokti nė įprastos praktikos, į kurią visi esame įsitraukę, – teisių argumentavimo sunkiosiose bylose. Tačiau svarbu, kad politinė teorija pripažintų, jog daug teiginių apie teises, įskaitant kai kuriuos labai svarbius teiginius, yra negalimi įrodyti, todėl jos uždavinys yra teikti oficialių sprendimų kontrolės principus, kai teisės yra ginčijamos. 7-ame ir 8-ame skyriuose plėtojama paklusimo teorija, kaip sakiau, siūlo tokius principus.

12-as skyrius siūlo argumentus pripažinti tam tikras specialias pamatines bei institucines teises. Čia gal bus pravartu pakartoti, ką aš ten sakau. Nei ten aprašytosios teisės, nei tų teisių pagrindimo metodas neatmeta kitų teisių ar kitų argumentavimo metodų galimybės. Bendroji teisių teorija numato, jog įmanomi įvairaus pobūdžio argumentai, iš kurių kiekvienas gali būti pakankamas pagrindas teigti, jog kolektyvinis tikslas, paprastai pateisinantis politinį sprendimą, nepateisina tam ar kitam individui padaromos tam tikros žalos.

Vis dėlto ši knyga siūlo vieną plačiai pripažįstamą argumentą už politines teises, būtent atskirų teisių išvedimą iš abstrakčios teisės laikomos fundamentalia ir aksiomine, į rūpestį ir pagarbą. 6-as skyrius parodo, jog gerai žinomas argumentas už ekonomines teises, kalbantis grupės, esančios blogiausioje padėtyje, vardu, gali būti kildinamas iš šios abstrakčios teisės, o 9-ame ir 12-ame skyriuose parodoma, jog įmanomas argumentas, įgalinantis iš to paties šaltinio išvesti gerai pažįstamas civilines teises. Be to, 12-as skyriuje teigiama, kad teisė į rūpestį ir pagarbą yra fundamentaliausia iš teisių ir kita prasme: jame parodoma, kaip pačią kolektyvinio tikslo idėją galima išvesti iš tos fundamentalios teisės. Jeigu taip, tuomet teisė į rūpestį ir pagarbą yra tokia fundamentali, kad bendras apibūdinimas, jog teisės yra koziriai prieš kolektyvinius tikslus, tampa nebepakankamas, nebent šį apibrėžimą suvoktume kaip ribinio atvejo apibrėži-

mą; ši teisė yra šaltinis tiek bendrojo kolektyvinių tikslų autoriteto, tiek specialių jų autoriteto apribojimų, kurie įteisina daugiau specialių teisių.

Vis dėlto žadėtoji politinės teorijos vienovė šiose esė lieka neryški. Šis pažadas turės būti ginamas kitur (jei jį apskritai reikia ginti). Antai reikėtų parodyti, kaip ta pati vienodo rūpesčio koncepcija, kuri pateisina ekonominių kolektyvinių tikslų kompromisinį pobūdį, taip pat pateisina ir išskirtinį statusą – ekonominių teisių forma – tų, kurie labiausiai kenčia dėl tų kompromisų. Reikalinga kokia nors poreikių lygmenų samprata, idant būtų galima parodyti, jog nors vienodas rūpestis pateisina poreikių kompromisus viename tam tikrame būtinumo lygmenyje, jis neleidžia dar didesnio būtinumo lygmens poreikių aukojimo, net jeigu tai įgalina patenkinti daugiau ne tokių būtinų poreikių.

1. Jurisprudencija

Kai teisininkai sprendžia bylas arba konsultuoja klientus, arba rengia įstatymus, siekdami tam tikrų socialinių tikslų, jie susiduria su problemomis, kurios yra techninės ta prasme, kad esama bendro sutarimo tarp profesionalų dėl to, kokios rūšies argumentas ar įrodymas yra svarbus. Tačiau kartais teisininkai turi dorotis su problemomis, kurios nėra techninės šia prasme ir nėra bendro sutarimo, kaip elgtis. Pavyzdys čia galėtų būti etinė problema, kuri kyla teisininkui, klausiančiam ne apie vieno ar kito įstatymo galiojimą, bet – apie jo teisingumą. Kitas pavyzdys – konceptualūs galvosūkiai, ištinkantys teisininką tuomet, kai jis pamėgina apibūdinti įstatymą sąvokomis, kurios pasirodo esančios neaiškios. Tarkim, teisininkas gali norėti pasakyti, jog pagal deliktinę teisę žmonės gali būti kaltinami tik dėl tos žalos, kuri buvo padaryta dėl jų kaltės. Šį teiginį gali kvestionuoti kitas teisininkas, ir šį jų ginčą galima laikyti ne nesutarimu dėl fakto ar doktrinos, bet nesutarimu dėl to, ką reiškia kaltė. Arba du teisininkai gali nesutarti, ar 1954 metų segregacijos byloje Aukščiausiasis teismas vadovavosi nustatytais principais, ar kūrė naują teisę; ir jų ginčas gali priklausyti nuo to, kas yra principas ir ką reiškia taikyti principus. Neaišku, kaip konceptualūs klausimai, tokie kaip šie, turi būti sprendžiami; neabejotina tik, kad šie klausimai veda už praktikuojančių teisininkų įprastinių metodų.

Šiuos sudėtingus klausimus teisininkai vadina „jurisprudenciniais“ ir – kad ir kaip būtų keista – nesutaria, ar svarbu, kad jie būtų išspręsti. Teisės mokyklos paprastai siūlo specialius kursus, vadinamus „Jurisprudencija“ arba „Teisės teorija“ ar panašiai, skirtus tiems klausimams studijuoti, tačiau kadangi šių klausimų skiriamasis bruožas

yra būtent tas, kad nėra sutarimo, kokios rūšies tai klausimai ir kokių studijavimo technikų jie reikalauja, šie kursai labai skiriasi savo metodika. O pasirinktasis metodas lemia atskirų klausimų parinkimą studijoms, nors šį pasirinkimą veikia taip pat intelektualinės mados ir visuomeninė situacija. Pavyzdžiui, šiuo metu jurisprudencijos kursų programose visoje šalyje akivaizdžiai vyrauja klausimas, ar žmonės turi moralinę prievolę paklusti teisei, nors prieš du dešimtmečius apie tai beveik niekas nė neužsimindavo.

Dar visai neseniai vyraujantis požiūris į jurisprudenciją Anglijoje ir Amerikoje buvo požiūris, kurį galima pavadinti profesionaliuoju. Teisininkai, kurie dėstė jurisprudenciją, pripažindavo, kad jurisprudenciniai klausimai, tokie kaip tie, kuriuos vardijau, yra sudėtingi būtent dėl to, kad jų negalima išspręsti įprastinėmis teisinėmis technikomis; vis dėlto jie siūlė imtis spręsti šiuos sunkumus ir šiam tikslui išskirti tuos klausimų aspektus, kuriuos įmanoma išspręsti remiantis įprastinėmis technikomis, o visa kita – ignoruoti. Susidūrę su minėtais techniniais klausimais, teisininkai pasitelkia trijų gebėjimų kombinaciją. Jie yra išmokyti taip analizuoti įstatymus ir teisėjų nuomones, kad iš šių oficialių šaltinių išgautų teisės doktriną. Jie mokomi analizuoti sudėtingas faktines situacijas, kad įgytų įgūdžių tiksliai apibendrinti esminius faktus. Be to, jie mokomi mąstymo taktikos, kad galėtų projektuoti įstatymus ir teisines institucijas, kurios įgyvendintų tam tikrus siekiamus socialinius pokyčius. Profesionalusis požiūris į jurisprudenciją siekė taip performuluoti jurisprudencijos klausimus, kad galėtų būti aktyvuojamas vienas ar daugiau iš minėtųjų gebėjimų. Šis požiūris tesukūrė tik progreso iliuziją ir nepajudino iš mirties taško svarbiausių principinių teisės klausimų.

Kad pagrįsčiau šį rimtą priekaištą, turiu aprašyti, kaip atrodė jurisprudencija amžiaus viduryje. Anglijoje šis dalykas buvo dėstomas iš standartinių chrestomatijų, tokių kaip *Salmond on Jurisprudence* ar *Paton on Jurisprudence*. Dauguma šių tekstų buvo skirti tam, kas juose vadinta analitine jurisprudencija, kuri buvo preciziškai atskiriama nuo „etinės jurisprudencijos“, arba mokymo apie tai, kokia turi būti teisė. Analitine jurisprudencija juose vadintas skrupulingas

tam tikrų terminų, kurie laikomi pamatiniais teisės terminais ta prasme, kad jie svarbūs ne tik atskiroms teisės sritims, bet ir teisės doktrinai kaip visumai, reikšmės atskleidimas (tokių kaip „kaltė“ [*fault*], „valdymas“ [*possession*], „nuosavybės teisė“ [*ownership*], „neatsargumas“ [*negligence*] bei „teisė“). Šios sąvokos, kaip ir tos, kurias minėjau anksčiau, yra problemiškos, nes teisininkai jas vartoja net ir tiksliai nesuprasdami, ką jos reiškia.

Tačiau anglų tekstams, užsipuolusiems šias sąvokas, nerūpėjo nušviesti jų prasmę kasdienėje kalboje – naudodami tradicinius doktrininius metodus, jie siekė atskleisti specifiškai *teisinę* šių sąvokų prasmę, aptinkamą bylose ir įstatymuose. Jie studijavo teisėjų ir teisės ekspertų nuomones, siekdami išgauti iš jų įvairių teisės normų ir doktrinų, kuriose vartojamos šios problemiškos sąvokos, apibendrintą vaizdą, tačiau jiems mažai terūpėjo susieti šias normas su įvairiais ne teisiniais paprastų žmonių sprendimais apie kaltę, nuosavybę, *etc.*

Tačiau pakanka iškelti klausimą, *kodėl* teisininkai ginčijasi dėl šių sąvokų, kad taptų aišku, jog šis doktrinos sureikšminimas nėra svarbus. Kaltės sąvoka teisininkui rūpi ne dėl to, kad jis nežino, kaip teismai vartoja šį terminą ar kokios normos teisiškai apibrėžia kaltę, bet dėl to, kad jis vartoja neteisinę kaltės sąvoką pateisinti ir kritikuoti teisei. Jis mano – iš įpročio ar įsitikinimo – kad ką nors bausti už tai, kas nėra jo kaltė, yra morališkai neteisinga; jis nori žinoti, ar teisė pažeidžia šį moralės principą, kai darbdavį laiko atsakingu už tai, ką daro jo darbuotojas, arba laikydama neatsargų vairuotoją kaltu dėl jo partrenkto žmogaus mirties, nors sužalojimas buvo menkas, o nukentėjusysis mirė dėl hemofilijos. Jis puikiausiai žino tuos teisės doktrinos faktus, tačiau jam neaišku, ar šie faktai dera su principu. Ar žmogus kaltas dėl žalos, kurią padarė vykdydamas pareigą, arba jeigu ją lemė jo veiksmai, išprovokuoti aplinkybių, kurių jis niekaip negalėjo numatyti? Šie klausimai kviečia analizuoti ne teisinę kaltės sąvoką, kurią teisėjas ir taip supranta, o moralinę kaltės sąvoką; tačiau būtent moralinę šios sąvokos vartoseną anglų jurisprudencija ignoravo.

Amerikiečių jurisprudencijos istorija sudėtingesnė. Amerikiečiai labai daug dėmesio skyrė vienam klausimui, kuriuo anglų teorija palyginti menkai tesidomėjo: kaip teismai sprendžia sudėtingas ir kontroversiškas bylas? Mūsų teismai suvaidino didesnį vaidmenį nei anglų teismai taip performuluojant devynioliktojo amžiaus teisę, kad ji derėtų kartu su industrializacija atsiradusiais poreikiais, o mūsų Konstitucija pavertė teisiniais klausimais tas problemas, kurios Anglijoje buvo išskirtinai politinės. Pavyzdžiui, klausimas, ar minimalų darbo užmokestį nustatantis įstatymas yra teisingas, Anglijoje buvo politinis klausimas, o Amerikoje jis buvo ir konstitucinis, taigi teismo klausimas. Dėl to amerikiečių teisininkai labiau juto poreikį pateikti tikslų teismų veiklos aprašymą ir pagal galimybes tą veiklą pateisinti; šis imperatyvas tapo ypač įsakmus tuomet, kai imta manyti, kad teismai kuria naują ir politiškai kontroversišką teisę, užuot tiesiog taikę senąją teisę, kaip reikalavo ortodoksinė teisės teorija.

Dvidešimtojo amžiaus pradžioje Johnas Chipmanas Gray, o vėliau Oliveris Wendellas Holmesas paskelbė skeptišką teismo proceso traktuotę, diskredituojančią ortodoksinę doktriną, kuri tvirtino, jog teisėjai tik taiko esamas normas. Šis skeptiškas požiūris 2-ame ir 3-iame dešimtmetyje išsirutuliojo į galingą intelektualinį sąjūdį, kuris buvo pavadintas „teisiniu realizmu“. Jo lyderiai (tarp kitų – Jerome'as Frankas, Karlas Llewelynas, Wesley Sturgesas bei Morisas ir Felixas Cohenai) įrodinėjo, jog ortodoksinė teorija nenusisekė dėl to, kad laikėsi doktriniško požiūrio į jurisprudenciją ir teisėjų veiksmus siekė aprašyti kreipdama dėmesį vien į jų sprendime minimas normas. Realistai tikino, jog tai – klaida, nes iš tikrųjų teisėjai bylas sprendžia vadovaudamiesi savo politiniais ir moraliniais polinkiais *(tastes)* ir vieną ar kitą jiems tinkamą teisės normą pasirenka tik kaip savo sprendimo racionalų paaiškinimą. Realistai reikalavo „mokslinio“ požiūrio, kuris visą dėmesį sutelktų į teisėjų veiksmus ir į tai, kokį poveikį jų sprendimai turi plačiajai bendruomenei, o ne į tai, ką jie sako.

Pagrindinė amerikiečių jurisprudencijos kryptis sekė šiuo realizmo imperatyvu ir išvengė vien doktrinos paisančio požiūrio, būdin-

go anglų tekstams. Ji iškėlė kitus du profesinius gebėjimus – teisininko gebėjimą rikiuoti faktus bei jo gebėjimą kurti socialinių permainų taktiką. Pastarąjį realizmo poveikį aiškiau suvokti padės šių dviejų technikų atskyrimas. Faktų akcentavimas išsirutuliojo į tai, ką Roscoe Poundas iš Harvardo pavadino sociologine jurisprudencija; jis turėjo omenyje skrupulingą teisinių institucijų kaip socialinių procesų tyrimą, kuris, pavyzdžiui, teisėją laiko ne doktrinos orakulu, bet žmogumi, reaguojančiu į įvairaus pobūdžio socialinius ir asmeninius stimulus. Kai kurie teisininkai, tarkim, Jerome'as Frankas ir pats Poundas, rimtai ėmėsi tokio tyrimo, tačiau jie išsiaiškino, jog teisininkai stokoja specialaus pasirengimo bei statistikos priemonių, taigi viso to, be ko sudėtingas institucijas galima aprašyti tik introspektyviai ir ribotai. Todėl sociologinė jurisprudencija tapo sociologų užsiėmimu.

Taktikos akcentavimo poveikis teisės mokyklose truko ilgiau. Tokie tyrėjai kaip Myresas McDougalas ir Haroldas Lasswellas Jeilyje bei Lonas L. Fulleris, Henry Hartas ir Albertas Sachsas Harvarde, nors ir kiekvienas skirtingai, visi siekė suvokti teisę kaip instrumentą vesti visuomenę tam tikrų strateginių tikslų link ir norėjo teisinio proceso klausimus spręsti instrumentiškai – išsiaiškinti, kokie sprendimai yra palankiausi minėtiems tikslams.

Tačiau šis fakto ir strategijos akcentavimas galiausiai iškreipė jurisprudencijos problematiką labai panašiai, kaip ją iškreipė anglų doktriniškas požiūris, t. y. eliminavo būtent su moralės principu susijusius klausimus, kurie sudaro jos branduolį. Ši nesėkmė išryškėja, jei detaliau pažvelgiame į esminę problemą, dėl kurios diskutavo sociologai ir instrumentalistai: ar teisėjai visuomet vadovaujasi normomis, net sunkiosiose ir kontroversiškose bylose, ar jie vis dėlto kartais kuria naujas normas ir retrospektyviai jas taiko?

Teisininkai diskutuoja šiuo klausimu daugelį dešimtmečių, ir ne dėl to, kad nežino, kokius sprendimus priima teisėjai ar kokius argumentus jie pateikia, bet dėl to, kad jiems neaišku, ką iš tiesų reiškia sąvoka „vadovautis normomis". Paprastose bylose (pavyzdžiui, kai žmogus kaltinamas įstatymo, kuris draudžia viršyti šešiasdešimties mylių per valandą greitį, pažeidimu) iš pažiūros teisinga teigti, jog

teisėjas tiesiog taiko jau esamą normą naujam atvejui. Tačiau ar galime pasakyti tą patį, kai Aukščiausiasis teismas atšaukia precedentą ir inicijuoja mokyklų desegregaciją arba delegitimuoja procedūras, kurias dešimtmečius naudojo policija ir toleravo teismai? Tokiais dramatiškais atvejais Teismas pats teikia pagrindimą – jis nesiremia įstatymais, bet užtat apeliuoja į teisingumo ir politinės nuostatos principus *(principles of policy)*. Ar tai reiškia, kad Teismas vis dėlto vadovaujasi normomis, nors ir bendresnio ir abstraktesnio pobūdžio? Jeigu taip, iš kur kyla šios abstrakčios normos ir kas padaro jas galiojančias? O gal tai reiškia, jog tada Teismas sprendžia bylą remdamasis tik savo paties moraliniais ir politiniais įsitikinimais?

Teisininkai ir paprasti žmonės, kurie kelia šiuos klausimus, rūpinasi ne be reikalo ir ne vien iš tuščio smalsumo; jie žino, kad teisėjai turi didelę politinę galią, ir jiems rūpi, ar ta galia yra pateisinama tiek apskritai, tiek atskirais atvejais. Jie nebūtinai sutinka su nuomone, kad teisėjai, kuriantys naujas normas, veikia netinkamai. Tačiau jie nori žinoti, kokiu mastu teisėjo galios pateisinimas, nekeliantis problemų paprastų bylų atveju, – tas, jog teisėjas taiko nustatytus standartus, – galioja ir sunkiosioms byloms, taigi kiek ir kokio pobūdžio papildomo pateisinimo reikalauja šios sunkiosios bylos.

Pateisinimo klausimas apima daug svarbių dalykų: nuo to, kaip į jį atsakoma, priklauso ne tik teismo autoritetas, bet ir individo politinės ir moralinės prievolės paklusti teisėjo sukurtai teisei ribos. Be to, nuo šio atsakymo priklauso pagrindas, kuriuo galima kvestionuoti kontroversišką nuomonę. Jeigu prasminga sakyti, kad sunkiosiose bylose teisėjas turi vadovautis esamais standartais, tuomet prasmingas ir asmens, kuriam sąžinė neleidžia paklusti įstatymo reikalavimams *(conscientious objector)*, argumentas, jog teisėjas daro teisinę klaidą, jeigu jis įstatymo tekstą *(draft)* laiko atitinkančiu konstituciją. Tačiau jeigu sunkiosiose bylose teisėjai gali kurti tik naują teisę, toks priekaištas būtų beprasmiškas. Taigi nors klausimas, ar teisėjai vadovaujasi normomis, iš pažiūros gali pasirodyti lingvistinis, jis atskleidžia iš esmės praktines problemas.

Aptariau šias implikacijas, kad parodyčiau, jog šiuo atveju, kaip

ir kaltės sąvokos atveju, turime reikalą su moralės principo klausimais, kurie peržengia tariamai lingvistinės problematikos ribas. Teisės kritikai pritaria – vėl iš įpročio arba iš įsitikinimo – principui, tvirtinančiam, jog teisėjų sprendimas yra teisingesnis, jeigu jis susijęs su nustatytų standartų taikymu, o ne naujų primetimu. Tačiau jiems neaišku, kas laikoma nustatytų standartų taikymu, ir šį netikrumą jie išreiškia klausimu, ar teisėjai iš tiesų vadovaujasi normomis, bent jau tam tikra prasme, net ir precedento neturinčiais atvejais. Kad atsilieptų į šį klausimą, jurisprudencija turi ištirti moralinio argumento prigimtį, – tik tuomet ji galės paaiškinti teisingumo principą, kurį turi omenyje kritikai, ir pasakyti, ar teisėjų praktika tenkina tą principą.

Tačiau amerikiečių jurisprudencija tokio uždavinio sau nekėlė. Sociologai savo ruožtu vengė kalbėti apie vadovavimąsi normomis, teisindamiesi tuo, jog ši sąvoka yra pernelyg miglota, kad ją būtų galima tirti eksperimentiškai ar kiekybiškai. Anot jų, jau vien tas faktas, kad žmonės nepajėgia susitarti dėl to, ką reiškia vadovautis norma, diskvalifikuoja šią sąvoką mokslo požiūriu; jei kiekvienas tyrėjas vartotų terminą sava prasme, nebūtų objektyvių duomenų ir bendro progreso. Sociologai, kaip antai: Glendonas Schubertas, C. Hermanas Pritchettas bei Stuartas Nagelis, ėmėsi kitų klausimų, kurie atrodė svarbesni ir preciziškesni: ar tam tikros ekonominės ar visuomeninės padėties teisėjai arba teisėjai, atstovaujantys tam tikrai teisinei praktikai, arba teisėjai, susiję su tam tikrais politiniais sluoksniais, arba teisėjai, išpažįstantys tam tikras vertybes, yra linkę priimti sprendimus, palankius korporatyviniams ieškovams? Ar teisėjai Aukščiausiajame teisme susiskirsto į koalicijas, kurios susitelkia, kai sprendžiamos bylos, susijusios su rase, profesinėmis sąjungomis arba antimonopolinių įstatymų pažeidimais? Šie empiriniai klausimai atrodė svarbūs dėl to, kad jeigu socialinė priklausomybė ar išankstinės simpatijos determinuoja teisėjo sprendimą, tai jis nesivadovauja normomis.

Tačiau iš tikrųjų ši informacija, nors ir įdomi bei naudinga kitais atžvilgiais, menkai tenušviečia principų klausimą, kuris įkvėpė pradinį klausimą. Teisininkams nereikia įrodymų, kad teisėjai nesutaria ir kad jų sprendimai dažnai atspindi jų padėtį ir charakterį. Tačiau

jie kelia sau klausimą, ką šitai liudija: ar tiesiog tai, kad teisėjai nesutaria dėl pamatinių teisės principų esmės ir tikslo, ar tai, kad tokių principų apskritai nėra. Jeigu nesutariama dėl principų esmės, tuomet argumentuotina, jog teisėjai stengiasi vadovautis normomis pagal savo supratimą, ir kad žmonės, kurie nesutinka su jų sprendimais, taigi su jų teisės samprata, gali būti teisūs; bet jeigu principų apskritai nėra, tuomet toks argumentas, kaip sakiau, yra beprasmis. Teisininkai nėra apsisprendę ir dėl to, ar nesutarimo faktas, kad ir kaip jį aiškintume, yra vertas apgailestavimo, ar jį reikia priimti kaip neišvengiamą, o gal tai sveikintinas faktas, liudijantis dinamiškumą, ir kaip tai siejasi su esminiais politinio įsipareigojimo bei teisės įgyvendinimo klausimais, su kuriais nuolat susiduria teisininkai? Sociologinis klausimo performulavimas išstūmė būtent tuos aspektus, kurie susiję su visais šiais klausimais.

Instrumentalistinė postrealizmo pakraipa taip pat performulavo šį klausimą, bet kitaip. Henry Hartas ir Sachsas puikioje duomenų apie teisinį procesą rinktinėje siūlė konceptualius klausimus apie normas apeiti, klausimą keliant taip: kaip teisėjai turi priimti sprendimus, kad šie kiek įmanoma labiau skatintų teisinio proceso pažangą jo užsibrėžtų tikslų link? Tačiau jų viltys, kad tai padės išvengti normų problemos, buvo tuščios, nes paaiškėjo, kad teisinio proceso tikslų postulavimas neatsiejamas nuo tos problemos, ir ji anksčiau ar vėliau vis vien iškyla. Jeigu kaip nors aptakiai teigiame kokį nors proceso tikslą (pasakydami, jog teisė turi kurti teisingumą arba plėtoti teisinę būklę), neišvengiamas tampa klausimas, ar teisingumas – kaip mano daugelis – reikalauja sprendimo, atitinkančio jau egzistuojančias normas; o šis klausimas savo ruožtu reikalauja analizės, paaiškinančios, ką reiškia vadovautis norma. Jeigu pamėginame postuluoti kokį nors konkretesnį ar tikslesnį tikslą (pavyzdžiui, kad teisinis procesas turi padidinti bendrąjį nacionalinį produktą), uždavinys netenka prasmės, nes nuomonės, jog tas, o ne kitas atskiras tikslas yra tikrasis išskirtinis teisės siekis, neįmanoma rimtai pagrįsti.

Galima teigti (kaip darė kai kurie autoriai), kad teisė būtų ekonomiškai efektyvesnė, jeigu teisėjams būtų leista atsižvelgti į galimus

ekonominius jų sprendimo padarinius; tačiau tai nepalengvintų atsakymo į klausimą, ar jie taip darydami elgiasi teisingai, ir ar mes galime ekonominius standartus laikyti esamos teisės dalimi, ir ar sprendimai, pagrįsti ekonominiu poveikio numatymu, dėl tokio pagrindimo yra moralesni arba amoralesni. Tarkime, pavyzdžiui, jog teisėjas įtikinamas, kad automobilių pramonė suklestės, jeigu jis jos labui panaikins seną normą ir sugalvos naują, ir kad automobilių pramonės sėkmė bus naudinga visai ekonomikai. Ar tai rimtas pagrindas keisti normą? Šios rūšies klausimo negali išspręsti vien analizė, kuriai rūpi tik priemonių ir tikslo susiejimas.

Taigi įvairios profesionaliojo požiūrio į jurisprudenciją pakraipos patyrė nesėkmę dėl tos pačios pagrindinės priežasties. Jos ignoravo tą esminį faktą, jog jurisprudencijos problemos iš esmės yra moralės principo problemos, o ne teisės fakto ar strategijos klausimai. Jos palaidojo šias problemas, atkakliai laikydamosi tradicinio teisinio požiūrio. Tačiau jei jurisprudencija nori ko nors pasiekti, ji turi kelti šiuos klausimus ir imtis jų kaip moralės teorijos klausimų.

Šis paprastas faktas paaiškina profesoriaus H. L. A. Harto darbų svarbą ir sėkmę. Hartas yra moralės filosofas; jis turi nuovoką principo klausimais ir aiškina juos nuostabiai suprantamai. Pavyzdžiui, savo pirmojoje knygoje *Teisės samprata (The Concept of Law)* klausimą, ar teisėjai vadovaujasi normomis, jis kėlė taip, kad atskleidė sąsają tarp šios problemos ir moralinės problematikos, kurią nurodo klausimas: kada tinka vienam žmogui kitą žmogų laikyti saistomu prievolės. Jis pateikė analizę normų, kuriomis mūsų bendruomenė paprastai vadovaujasi formuluodama ir kritikuodama argumentus apie moralinę prievolę, ir įrodinėjo, kad teisėjai vadovaujasi, galima sakyti, tomis pačiomis normomis, samprotaudami apie teisinę prievolę. Kitoje knygoje, pavadintoje *Priežastingumas teisėje (Causation in the Law),* Hartas su bendraautoriu A. M. Honoré aptarė konceptualius kaltės klausimus, kuriuos minėjau anksčiau, tačiau skirtingai negu Harto pirmtakai, juodu ėmėsi paaiškinti tiek kasdienę, tiek griežtai teisinę šios sąvokos reikšmę. Kaip Harto kolegos Oksfordo filosofijos mokykloje, ypač J. L. Austinas, jie pasitelkė kasdienės kalbos

tyrimą – kad atskleistų įprastinius būdus, kuriais bendruomenės nariai priskiria vienas kitam kaltę ir atsakomybę; tuomet šiuos konvencinius sprendinius jie panaudojo kitame kontekste, pavyzdžiui, aiškindami normą, kuri laiko atsakingu žmogų, sužalojusį sergantįjį hemofilija.

Jie atkreipė dėmesį, jog kasdienė kalba skiria neįprastas aplinkybes, esančias tuo metu, kai žmogus veikia, nuo mažai tikėtinų atsitiktinumų, kurie susiklosto vėliau. Pavyzdžiui, ji mato skirtumą tarp atvejo, kai neatsargus vairuotojas lengvai sužaloja žmogų, kuris vėliau miršta dėl to, kad serga hemofilija, ir atvejo, kai neatsargus vairuotojas lengvai sužaloja žmogų, kuris vėliau miršta nuo kraujo užkrėtimo, sukelto gydytojo neatsargumo. Dauguma žmonių pasakytų, kad pirmuoju atveju mirtį lėmė neatsargus vairuotojas ir kad jis dėl to kaltas; bet apie antrąjį atvejį jie taip nesakytų. Šis atskyrimas savo ruožtu atspindi populiariąją priežastingumo sampratą: paprastas žmogus priežastingumo atžvilgiu efektyvų aktą supranta kaip aktą, kuris yra atliekamas tuo metu esamoje scenoje; vienalaikės aplinkybės, tokios kaip kraujo liga, yra scenos dalis, o ne konkuruojančios priežastys. Tuo tarpu vėlesni įvykiai, tokie kaip gydytojo neatsargumas, ūmai įsiterpdami išardo priežastingumo grandinę. Taigi čia atsiskleidžia tęstinumas tarp teisės normos ir populiariųjų moralumo ir priežastingumo teorijų.

Tačiau Hartas nesitenkino vien tokiu paprastu teisės paaiškinimu, kuris parodo, jog teisė inkorporuoja paprasto žmogaus moralinius sprendinius. Jis suvokia tokią analizę kaip būtiną pirminę stadiją, siekiant pereiti prie bendro teisės ir populiariosios moralės, kuria ši remiasi, kritinio įvertinimo. Kol neišsiaiškinome, kokią moralinę praktiką ar sprendimą atspindi teisė, negalime jos protingai kritikuoti; tačiau kai tai išsiaiškiname, vis dar lieka klausimas, ar toji praktika ar sprendimas atitinka sveiką protą, yra pagrįsti bei suderinami su kitais principais, kuriems teisė pretenduoja tarnauti.

Naujesnė Harto knyga, *Bausmė ir atsakomybė (Punishment and Responsibility)*, yra puikus tokio kritikos proceso pavyzdys. Knygoje spausdinamas jo esė ciklas apie jurisprudencijos klausimus bau-

džiamojoje teisėje; dauguma šių esė svarsto problemą, ar asmuo gali būti atleistas nuo atsakomybės už nusikalstamą veiką dėl jo psichikos būklės. Ar jis turėtų būti atleidžiamas nuo atsakomybės (arba: ar jam turėtų būti sušvelninta bausmė), jeigu tai buvo nelaimingas atsitikimas arba jeigu jis veikė neatsargiai, o ne tyčia, arba jeigu jis yra psichikos ligonis? Paprastai tokiais atvejais taikomas atleidimas nuo atsakomybės ar bent sušvelninama bausmė, tačiau kai kurie šiandienos kritikai teigia, jog tokia politika yra neteisinga.

Anot jų, jeigu baudžiamoji teisė siektų keršto ir atpildo, šios mentalinės gynybos *(mental defences)* intencija būtų akivaizdi, nes kerštas asmeniui, kuris ką nors padaro per klaidą ar dėl to, kad yra ligonis, neteikia jokios satisfakcijos. Tačiau jeigu vienintelis teisės tikslas yra užkirsti kelią tolesnei žalai, kurią galėtų padaryti nusikaltėlis, bei jo pavyzdžiu atgrasinti kitus, tokia gynyba gali duoti tik priešingą rezultatą. Žalos prevencijos požiūriu kur kas efektyvesnė priemonė yra avarijas daryti linkusio vairuotojo įkalinimas nei įkalinimas žmogaus, kuris nužudė savo tėvą dėl palikimo; taip pat galima pasiekti didesnį grasinamąjį įstatymo poveikį išvis netaikant atleidimo nuo atsakomybės, ko pripažinimas skatina potencialius nusikaltėlius puoselėti viltį, kad sučiupti jie galės siekti pripažinimo nepakaltinamais. Tad kritikai tvirtina, jog teisė turi griežtai riboti tokią gynybą, grįsdami šį reikalavimą tuo, jog tokia gynyba didina teismų bei teisinio švietimo išlaidas, kad ja piktnaudžiaujama ir kad jos paskirtis protingoje baudžiamojoje sistemoje atrodo neaiški.

Hartas nesutinka su šiais kritikais. Savo atsakymą jis pradeda priminimu, jog neteisinga teigti, kad tam tikri baudžiamosios teisės (ar kurios kitos teisės šakos) tikslai yra svarbesni už visus kitus ta prasme, jog kiekvienas tos teisės bruožas turi būti priderintas prie šių tikslų. Žinoma, baudžiamoji teisė siekia užkirsti kelią nusikaltimams; tačiau ji šių tikslų turi siekti vadovaudamasi principais, nors jie tam tikrais atvejais ir ribotų jos galimybes pasiekti tuos tikslus; būtų neteisinga bausti nekaltą žmogų kaip įkaitą, net jei tai sumažintų nusikalstamumą. Mentalinę gynybą turime suprasti būtent šia prasme, taigi tai, jog ji gali trukdyti nusikalstamumo prevencijai, nėra pa-

kankamas argumentas. Tačiau tai tik negatyvus prieštaravimas, paliekantis atvirą klausimą, ar mentalinė gynyba iš tikrųjų yra pateisinama – ar jos nereikia keisti. Hartas imasi gvildenti šį klausimą mano aprašytu būdu; jis pradeda klausimu, ar mentalinė gynyba atspindi kokią nors bendruomenės moralinę tradiciją ar kokį bendrą tikslą ar politiką.

Pirmiausia jis aptaria kai kurių baudžiamosios teisės specialistų, kaip antai profesoriaus Jerome'o Hallo, prielaidą, jog mentalinės gynybos paskirtis – užtikrinti, kad teisė baustų kaip nusikaltėlius tik tuos žmones, kurie yra moraliai smerktini visuomenėje įprastų standartų požiūriu. Ši patraukli nuostata iš pradžių atrodo įtikima. Kasdieniame gyvenime nesmerkiame padariusiojo žalos, jeigu jis ką padarė neapgalvotai arba netyčia (galbūt išskyrus tą atvejį, kai jis buvo dar ir neatsargus); nesmerkiame ir tuomet, jei manome, kad jo psichika rimtai sutrikusi. Todėl visai įtikima atrodo prielaida, kad teisėjai ir įstatymų leidėjai perkelia šią nuostatą į baudžiamąją teisę, kur ji virsta doktrina, skelbiančia, jog žmonės minėtomis aplinkybėmis neturėtų būti baudžiami, net jei jų nubaudimas būtų efektyvi priemonė.

Tačiau Hartas atmeta šią teoriją remdamasis tuo, kad esama daug nusikaltimų, – pavyzdžiui, nesilaikymas Anglijos traukinių transporto taisyklių, – kurie patys savaime nėra verti moralinio pasmerkimo. Tokių nusikaltimų faktas, anot jo argumento, liudija, jog bendras teisės tikslas nėra bausti tik už smerktinus aktus, taigi įrodo, jog tai negali būti mentalinės gynybos tikslas.

Tačiau Hartas klysta, smerktinumo teoriją atmesdamas šiuo būdu; mano manymu, jis painioja du pagrindus, kuriais remiantis nusižengimas teisei gali būti vertinamas kaip moraliai neteisingas. Nusižengimas įstatymui gali būti laikomas blogiu dėl to, kad aktas, kurį įstatymas smerkia (pavyzdžiui, žmogžudystė), pats savaime yra blogis. Blogu gali būti laikomas ir toks nusižengimas, kuris yra smerktinas tik tuo požiūriu, kad jį draudžia įstatymas, nors kaip aktas jis savaime nėra blogis, – toks atvejis yra geležinkelių įstatymų numatomi pažeidimai. Galima abejoti, ar Anglija elgiasi išmintingai ir teisingai, nacionalizuodama geležinkelius; tačiau ir tuomet bus teisinga

teigti, kad jeigu įstatymas priimtas, kiekvienas yra saistomas moralinės prievolės jam paklusti.

Žinoma, tai nereiškia, kad žmogus, darantis tai, ką draudžia įstatymai, visada vertas moralinio pasmerkimo. Pasmerkimo jis nenusipelno tuomet, jei įstatymas yra toks neteisingas ir neteisėtas *(unfair and unjust)*, kad normali moralinė prievolė paklusti įstatymui liaujasi jį saisčiusi – tai kai kurių sąžinės laisvės vardu prieštaraujančiųjų karinės prievolės įstatymui argumentas. (Galima argumentuoti, jog tinkamo proceso ir kitų Jungtinių Valstijų Konstitucijos straipsnių paskirtis – tokiu atveju žmogų saugoti nuo nubaudimo.) Pasmerkimas nepelnytas būtų ir tuomet, jei jis ką padarė atsitiktinai arba netyčia, arba dėl to, kad serga psichikos liga, taigi negali atsakyti už savo elgesį. Profesoriaus Hallo argumentas, kurį Hartas pasiskubino atmesti, yra tas, kad mentalinės gynybos paskirtis – tokiu atveju žmogų saugoti nuo nubaudimo.

Tačiau net jeigu Hallas yra teisus, esminiai klausimai lieka: turime paklausti, ar mūsų įprastas požiūris į kaltę ir bausmę iš tikrųjų yra svarbus teisei. Tie, kurie kvestionuoja mentalinės gynybos vertę, savo poziciją grindžia tuo, jog kadangi baudžiamosios teisės tikslas – pataisyti ir atgrasinti, o ne bausti, tos konvencijos nėra svarbios, tad mentalinės gynybos reikėtų atsisakyti. Šią mintį jie perša, siūlydami išmesti žodį „bausmė“ ir vartoti „priežiūros“ *(treatment)* terminą. Anot jų, jeigu žmogus padarė nusikaltimą, jo priežiūros būdą – ar jis turi būti uždarytas, ar hospitalizuotas, ar paleistas – visuomenė turi parinkti atsižvelgdama į tai, koks kursas bus geriausias pakartotinio nusikaltimo prevencijos požiūriu. Tai tik komplikuoja klausimą, ar jis yra moraliai smerktinas dėl to, ką padarė, nes priežiūra gali būti nebūtina, net jei jis yra moraliai smerktinas, ir rekomenduotina, net jei jis nėra moraliai smerktinas. Turime paklausti, ar mentalinė gynyba tarnauja kokiam nors tikslui, kuris yra reikšmingas šios peržiūrėtos baudžiamosios teisės sampratos požiūriu.

Vienoje iš savo ankstyvųjų esė „Teisinė atsakomybė ir atleidimas nuo atsakomybės“ *(Legal Responsibility and Execuces)* (perspausdintoje naujoje knygoje) Hartas siūlo tokį argumentą. Mentalinė gy-

nyba didina kiekvieno žmogaus galimybes kontroliuoti savo likimą, nes ji mažina atvejų, kai teisė trukdo jo laisvei tokiu būdu, kokio jis negalėtų numatyti kaip savo sąmoningų veiksmų pasekmės. Jeigu ta gynyba būtų panaikinta, mes visi turėtume susitaikyti su faktu, kad koks nors atsitiktinumas arba netyčinis veiksmas gali lemti mūsų atsidūrimą įkalinimo įstaigoje arba įvelti mus į ilgą, brangų ir žeminantį teismo procesą. Dėl tos gynybos mes galime būti tikri, jog iš principo galime būti baudžiami tik už veiksmus, kuriuos darydami žinome, jog jie gali užtraukti baudžiamąją atsakomybę, o šitai sykiu teikia dar ir tą naudą, kad tiems, kurie yra baudžiami, satisfakciją suteiks bent jau tai, kad jie buvo priėmę ir įgyvendinę sprendimą nusižengti įstatymui.

Tačiau tai silpnas argumentas, jeigu jam rūpi vien – asmens saugumo padidinimas, įgalinamas mentalinės gynybos, nes tas padidintasis saugumas yra minimalus. Juk bendruomenė ir šiaip yra akceptavusi daugybę sprendimų, kurie gyvenimą daro daug pavojingesnį: kaip antai sprendimus skatinti komercinę konkurenciją, leisti automobilių eismą bei kariauti karą. Šie sprendimai nepaprastai padidina tikimybę, kad tam tikri žmonės patirs žalą, kurios jie negali numatyti ir kuri nėra jų valingų veiksmų padarinys; tačiau visuomenė vis tiek akceptuoja šiuos sprendimus ir susitaiko su šia rizika vienų ar kitų tikslų – rezultatyvumo, pelno ar nacionalinės politikos – labui. Jeigu, kaip linkęs teigti Hartas, panaikinus mentalinę gynybą, padidėtų baudžiamosios teisės prevencinis efektyvumas, tai sutvirtintų paprasto piliečio asmeninį saugumą bei galėjimą kontroliuoti savo likimą tokiu mastu, kuris galbūt atsvertų padidėjusią riziką, jog jis gali būti apkaltintas dėl nelaimingo atsitikimo.

Mano manymu, Hartui labiau pavyksta suformuluoti kitokį ir bendresnį argumentą – mentalinės gynybos pateisinimą vėlesnėje esė „Bausmė ir atsakomybės eliminavimas" *(Punishment and the Elimination of Responsibility)*: „Žmonių visuomenė yra asmenų visuomenė; o asmenys suvokia save ir vieni kitus ne tik kaip daugybę kūnų, judančių taip, kad kartais jų judėjimas daro skriaudą ir reikia užkirsti jam kelią arba jį pakeisti. Iš tikrųjų asmenys interpretuoja vienas

kito judesius kaip ketinimų raišką [...].“ Panašiai jis teigia ir kitur, sakydamas, kad jeigu teisė atsisakytų mentalinės gynybos, ji imtų traktuoti žmogų kaip priemonę, o ne kaip tikslą.

Šie teiginiai teisines doktrinas sieja su plačiu moralinių tradicijų spektru. Jos ragina laikytis principo, kuris tvirtina, kad valdžia savo piliečius turi traktuoti su tokia pat pagarba ir atodaira į orumą, kokios vieni iš kitų reikalauja suaugę bendruomenės nariai. Valdžia gali suvaržyti žmogų jo paties arba visuotinio gėrio labui, tačiau šie suvaržymai privalo būti pagrįsti paties žmogaus elgesiu, ir valdžia turi stengtis jo elgesį vertinti iš tų pačių pozicijų, iš kurių jis vertina pats save, t. y. jo intencijų, motyvų ir gebėjimų atžvilgiu. Paprastai žmonės mano, kad jie buvo apsisprendę elgtis taip, kaip pasielgė, tačiau jie taip nemano ypatingomis aplinkybėmis: kai kas nors nutinka netikėtai arba kas padaroma išorinių veiksnių neatremiamo spaudimo aplinkybėmis, arba kai žmogui grasinama, kai jis jėga verčiamas ką daryti, taip pat kai jį ištinka negalavimas. Ir kiekvienas iš mūsų šią perskyrą darome ne tik galvodami apie save, bet ir spręsdami, kaip reaguoti į elgesį visų tų, kuriuos bent kiek gerbiame. Net šuo, pasak Holmeso, skiria spyrį į pašonę nuo parklupimo užkliuvus už pakištos kojos.

Baudžiamoji teisė galėtų būti efektyvesnė, jeigu nepaisytų šios problemiškos perskyros ir baustų žmones įkalinimu arba priverstinai paskirtų priežiūrą visuomet, kai galima manyti, kad tai sumažins nusikalstamumą ateityje. Tačiau tuomet, anot Harto principo, būtų peržengta linija, skirianti santykį su kitu kaip su kita žmogiška būtybe nuo santykio su juo kaip su naudingu dalyku, iš kurio kiti gali turėti naudos, o mūsų bendruomenės papročių ir praktikos požiūriu didesnio įžeidimo už šį nė negali būti. Šis įžeidimas lieka vienodai užgaulus tiek kai procesą vadiname baudimu, tiek kai jį vadiname priežiūra. Iš tiesų kartais žmogui skiriame priežiūrą ir jį suvaržome tiesiog dėl to, kad jį manome nekontroliuojant savo elgesio. Taip darome remdamiesi civiliniais įstatymais ir paprastai tuomet, kai žmogus dėl psichinės ligos atleidžiamas nuo atsakomybės rimto nusikaltimo byloje. Tačiau turėtume pripažinti, kad ši politika numato komp-

romisinį santykį su principu; žmogui skirti priežiūrą prieš jo valią galima tik tuomet, kai jo keliama grėsmė yra reali, o ne visada, kai tariame, jog taip darydami galbūt sumažinsime nusikalstamumą.

Žinoma, ši argumentacijos taktika daugiau klausimų iškelia nei išsprendžia. Kai kurie filosofai, remdamiesi šiuolaikine fiziologija ir psichologija, mano, kad ši fenomenologinė perskyra tarp pasirinkimo ir priverstumo yra beprasmiška. Anot jų, visas žmogaus elgesys yra determinuotas veiksnių, nepavaldžių individo kontrolei, taigi laisvo pasirinkimo jausmas, kurį mes dažnai patiriame, tėra iliuzija. Tačiau moksliniai duomenys šiuo klausimu nėra pakankamai įtaigūs, ir net tie, kurie laiko juos svariais, turi nuspręsti, kaip teisė turėtų reaguoti, kol byla įrodoma (žinoma, jeigu ji apskritai kada nors įrodoma ir yra galima įrodyti). Pavyzdžiui, jeigu pritartume požiūriui, kad visas elgesys yra determinuotas, ar tuomet turėtume daryti išvadą, kad privalome visiškai atsisakyti idėjos, jog žmogiškosios būtybės turi teises, kurias jų valdžia yra moraliai įpareigota gerbti? Jeigu to nedarome, – dėl to, kad moksliniai šio požiūrio įrodymai yra nepakankami arba dėl to, kad jokiu atveju nenorime atsisakyti teisių sąvokos, – ar tuomet nebūtų nenuoseklu mokslo vardu atsisakyti mentalinės gynybos? Jeigu, kita vertus, mes neatsisakome šios gynybos ir kaip jos pagrindą imame fenomenologinę perskyrą tarp laisvai pasirinkto elgesio ir determinuoto elgesio *(choosing and not choosing to do something),* kaip siūlo tas argumentas, kaip tai turėtų įtakoti mūsų požiūrį į problemiškus atvejus, kaip antai psichopato atvejį? Ar konvencinių elgesio standartų požiūriu psichopatas kontroliuoja save, ar jo atvejis yra, taip sakant, tarpinis *(a half-way house)?* Tai paaiškintų mūsų sutrikimą. Čia nėra vietos aiškintis šiuos dalykus (kai kuriuos iš jų aptaria Hartas), o juos miniu tik norėdamas parodyti, jog požiūris į jurisprudenciją, kuris akcentuoja principą, negali pasitenkinti tiesiog nurodydamas sąsajas tarp teisinės ir socialinės praktikos, bet privalo ir pačią socialinę praktiką tirti ir kritikuoti nepriklausomų turinio nuoseklumo ir prasmės standartų požiūriu.

Mentalinė gynyba yra ne vienintelis kontroversiškas baudžiamojo proceso – įskaitant, pavyzdžiui, tardymą, prisipažinimo išgavimą

bei prevencinį sulaikymą, – normų aspektas, normų, kurios, daugiau ar mažiau trukdydamos policijos darbo efektyvumui, saugo įtariamąjį. Verta pabrėžti, jog sprendžiant šiuos klausimus gali praversti filosofiškesnis – nei iki šiol teisininkų teoretikų puoselėtas – požiūris. Iki šiol liberali pozicija buvo pristatoma instrumentalistiniais terminais. Anot liberalo, tikrieji baudžiamosios teisės tikslai yra individo laisvės apsauga bei nusikalstamumo prevencija, o procesiniai saugikliai užtikrina balansą tarp šių dviejų tikslų. Tačiau iš tokio argumento seka, jog balansas tarp dviejų tikslų yra tai, ko reikia; toks argumentas provokuoja kitus klausti, kodėl teisei paklusnių piliečių dauguma turėtų nenorėti savo pačių apsaugai palankesnio balanso.

Šis klausimas įstumia liberalą į sunkią padėtį. Jis gali atsakyti, kad asmeniškai jam kitų laisvė yra svarbiau negu jo paties saugumo garantijos, tačiau turėtų pripažinti, jog tai yra mažumos pozicija. Jis galėtų argumentuoti, kad pačiai daugumai laisvė, ugdoma saugumo sąskaita, ilgalaikėje perspektyvoje atneštų tik naudą, tačiau šis argumentas, nors ir populiarus tarp liberalų, yra akivaizdžiai klaidingas. Baudžiamojo įstatymo sankcijos labiau gresia juodaodžiui, sergančiam priklausomybe nuo narkotikų, negu vidurinės klasės baltajam, ir nėra rimto pagrindo manyti, kad pirmojo apklausa be advokato arba jo įkalinimas iki teismo paveiks – kad ir tolimoje ateityje – antrojo laisvę.

Čia ir vėl praverčia bendra Harto nuostata. Pagal ją, liberalią poziciją reikėtų pagrįsti iškeliant moralės principus, kurie veikia kaip teisės suvaržymas, užuot apeliavus į prieštaringus teisės tikslus. Laikantis Harto nuostatos, dėmesys turėtų būti sutelktas į tas teisės doktrinas, kurios yra neatsiejamos nuo mūsų tradicijų (tokias kaip doktrina, pagal kurią niekas negali būti verčiamas duoti parodymus prieš save ir asmuo laikomas nekaltu, kol neįrodoma jo kaltė), kad pagrįstume teiginį, jog visuomenė neturi teisės apklausti be advokato ir kad apkaltintas įtariamasis turi teisę likti laisvėje iki teismo nepriklausomai nuo to, ar dauguma iš to turi ar neturi kokios naudos. Žinoma, šie principai gali konfliktuoti su praktiniais poreikiais, tačiau tokie atvejai nesąlygoja teisingo kompromiso, o veikiau, – jeigu reikia paminti principus, – gėdą ir apgailestavimą.

Tie, kurie laikosi kitokio požiūrio ir nori padidinti policijos efektyvumą, taip pat pripažįsta minėtąsias doktrinas, pavyzdžiui, privilegiją neteikti parodymų prieš save, tačiau neigia, kad jos garantuoja liberalų teigiamas teises. Jie argumentuotų, kad, pavyzdžiui, minėtoji privilegija teikia žmogui garantijas, kad prieš jį nebus naudojamas smurtas siekiant išgauti prisipažinimą, tačiau nesuteikia jam teisės atsižadėti savanoriško prisipažinimo tuo pagrindu, jog jis savo žodžių visai nelaikė prisipažinimu. Taigi šį ginčą reikia formuluoti filosofijos terminais: ar neoficialių prisipažinimų arba prevencinio sulaikymo naudojimas prieštarauja moralės principams, kuriais remiasi įtvirtintos doktrinos? Aš manau, kad prieštarauja, tačiau šį teiginį jurisprudencija galėtų pagrįsti tik susiejusi teisės ir moralės teorijas.

Kad prieštaravimo esama, gali padėti atskleisti principas, kurį nurodo Hartas – valdžia net nusikaltėliams, kuriems pareikšti kaltinimai, turi rodyti minimalią pagarbą ir elgtis su jais kaip su žmonėmis, o ne kaip su priemonėmis. Pavyzdžiui, šiuo principu remiasi doktrina, kad žmogus yra nekaltas, kol neįrodyta jo kaltė, taigi jis padeda paaiškinti, kodėl yra neteisinga įkalinti teismo laukiantį žmogų remiantis spėjimu, kad jis gali padaryti kitų nusikaltimų, jeigu bus paleistas už užstatą. Mat kiekvienas toks spėjimas, jeigu jis rimtas, būtinai remiasi požiūriu, kad individas priklauso klasei, kuri pasižymi tam tikrais bruožais, – klasei, kuri labiau linkusi daryti nusikaltimus nei kitos. Kitaip tariant, tas spėjimas bus paremtas rizikos analize, kaip draudimo kompanijos spėjimas, jog paaugliai gali padaryti avariją kelyje. Tačiau įkalinti žmogų dėl jo priklausomybės klasei, kad ir kaip tiksliai ji būtų identifikuota, yra neteisinga, nes tai neigia jo kaip individo teisę į vienodą pagarbą.

2. I normų modelis

1. SUDĖTINGI KLAUSIMAI

Teisininkai plačiai remiasi tarpusavyje susijusiomis juridinės teisės ir juridinės prievolės sąvokomis. Teiginį, jog kas nors turi juridinę teisę arba pareigą, laikome rimtu pagrindu reikšti pretenzijas ir kelti reikalavimus, taip pat kritikuoti oficialių pareigūnų veiksmus. Tačiau kai mėginame pasakyti, kas yra juridinės teisės ir prievolės, kyla rimtų sunkumų, nes pasirodo, kad mūsų supratimas apie šias sąvokas yra labai netvirtas. Sakome, jog norint nustatyti, ar asmuo turi juridinę prievolę, reikia konkretiems jo bylos faktams taikyti „teisę", tačiau šis atsakymas, kad ir koks sklandus, nepadeda, nes ne mažiau sunkumų kelia pati teisės sąvoka.

Mes įpratę savo sunkumus apibendrinti klasikiniais jurisprudencijos klausimais: kas yra „teisė"? Kai šalys nesutaria dėl „teisės" teiginių, – o tai nutinka neretai, – dėl ko jos nesutaria ir kaip turime nuspręsti, kuri šalis yra teisi? Kodėl tai, ką sako „teisė", vadiname juridinės „prievolės" dalyku? Ar „prievolės" terminas čia tiesiog yra sumanus būdas pasakyti „tai, ką sako teisė"? O gal juridinė prievolė turi ką bendra su moraline prievole? Ar galime sakyti, kad bent jau iš principo savo juridines prievoles vykdome dėl tų pačių priežasčių, dėl kurių vykdome savo moralines prievoles?

Tai ne šiaip laisvalaikio galvosūkiai, kurių dairomės lentynoje lietingomis dienomis. Šie klausimai – nuolatinis keblumų šaltinis, jie verste verčia kreipti į juos dėmesį. Su jais susiduriame, kai analizuojame konkrečias problemas, kurias privalome vienaip ar kitaip išspręsti. Tarkime, teismą pasiekia naujoviškas ieškinys dėl teisės į asmeninio gyvenimo neliečiamumą pažeidimo, kurį pareiškęs ieškovas savo pretenzijų negali paremti nei esamu įstatymu, nei precedentu.

Koks vaidmuo teismo sprendime turėtų tekti faktui, jog dauguma bendruomenės žmonių mano, kad privatūs asmenys turi „moralinę teisę" į asmeninio gyvenimo neliečiamybę? Arba, tarkime, Aukščiausiasis teismas nurodo paleisti kalinį, nes policija taikė priemones, kurias teismas nuo šiol skelbia esant prieštaraujančiomis konstitucijai, nors ankstesni teismo sprendimai tas priemones toleravo. Ar teismas, siekdamas būti nuoseklus, turi paleisti ir visus kitus įkalintuosius, kurių apkaltai naudotos tos pačios priemonės?[1] Kai teismas susiduria su tokiomis problemomis, „teisės" bei „juridinės prievolės" keliami konceptualūs klausimai pasidaro itin aktualūs.

Šie trikdžiai išduoda chroniską negalavimą. Kiekvieną dieną mes sodiname žmones į kalėjimą arba atimame iš jų pinigus, arba jėga verčiame juos daryti dalykus, kurių jie nenori daryti, ir visa tai pateisiname kalbomis apie tai, kad tokie asmenys sulaužė įstatymą arba nevykdė savo juridinių prievolių, arba pažeidė kitų žmonių juridines teises. Net aiškiose bylose (tokiose kaip banko apiplėšimo arba tyčinio sutarties pažeidimo), kai tvirtai žinome, kad tas ir tas turėjo juridinę prievolę ir ją sulaužė, mes būname nepajėgūs pateikti įtikinamą paaiškinimą, ką tai reiškia ir kodėl tokiais atvejais valstybė turi teisę jį bausti ar taikyti jam prievartą. Mes galime būti užtikrinti, jog tai, ką darome, yra teisinga *(proper)*, tačiau kol negalime apibrėžti principų, kuriais vadovaujamės, – negalime būti tikri, kad jie yra pakankami ir kad mes juos taikome nuosekliai. Ne tokiose aiškiose bylose, kai klausimas, ar prievolė buvo sulaužyta, dėl vienos ar kitos priežasties yra ginčytinas, šie primygtiniai klausimai kelia dar didesnę įtampą, nes tada mūsų atsakomybė juos sprendžiant esti didesnė.

Kai kurie teisininkai (galime juos vadinti „nominalistais") perša paprastą šių problemų sprendimą: jie ragina jas ignoruoti. Jų požiūriu, „juridinės prievolės" bei „teisės" sąvokos yra mitai, išrasti ir išplėtoti teisininkų, besivadovaujančių įvairiais apgailėtinais motyvais, tiek įsisąmonintais, tiek neįsisąmonintais. Galvosūkiai, kuriuos aptinkame šiose sąvokose, tėra simptomai to, kad jos yra mitai. Jie yra

[1] Žr. *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

neišsprendžiami, nes nerealūs, ir mūsų susirūpinimas dėl jų tėra vienas iš mūsų vergystės požymių. Kur kas geriau būtų visiškai atsikratyti tų galvosūkių bei sąvokų ir jau be šios nereikalingos naštos imtis mums svarbių socialinių uždavinių.

Tai gundantis pasiūlymas, tačiau jis susijęs su nepašalinamomis kliūtimis. Kad galėtume nuspręsti, jog mūsų teisės bei juridinės prievolės sąvokos yra mitai, turime nuspręsti, ką jos reiškia. Turime būti pajėgūs apibrėžti, bent jau apytiksliai, kas yra tai, ką mes visi tikime esant neteisinga. Tačiau mūsų problemos esmė yra ta, kad būtent tai mums kelia didelių sunkumų. Iš tikrųjų, kai klausiame, kas yra teisė ir kas yra juridinė prievolė, mes reikalaujame teorijos, nusakančios, kaip mes vartojame tas sąvokas, ir paaiškinančios mūsų galvojimo įpročius, kuriuos kuria mūsų vartosena. Neturėdami tokios bendros teorijos, negalime daryti išvados, kad mūsų praktikos yra kvailos ir prietaringos.

Žinoma, nominalistai mano, kad jie žino, kaip mes visi – visi, išskyrus juos pačius – vartojame šias sąvokas. Jie mano, kad kai kalbame apie „teisę", turime galvoje belaikes normas, glūdinčias tam tikroje sąvokų talpykloje ir laukiančias, kol jas ten atras teisėjai, ir kad kai mes kalbame apie juridinę prievolę, turime galvoje nematomus tinklus, kuriais mus kažkaip yra apraizgiusios tos paslaptingos normos. Teoriją, jog esama tokių normų ir tinklų, jie vadina „mechanine jurisprudencija", ir yra teisūs išjuokdami jos pasekėjus. Tačiau kai jiems reikia rasti tokių pasekėjų, kad būtų iš ko šaipytis, – jiems kyla didelių sunkumų. Iki šiol jiems labai sunkiai sekėsi sugauti ir pateikti apžiūrai mechaninės jurisprudencijos atstovus (visus sugautus tokius pavyzdžius – net Blackstone'ą ir Joseph'ą Beale'ą – įdėmiai perskaičius jų tekstus teko paleisti).

Šiaip ar taip, aišku, kad dauguma teisininkų neturi omenyje nieko panašaus, kalbėdami apie teisę ir juridinę prievolę. Tam įrodyti pakanka ir paviršutiniškos mūsų praktikų analizės: antai kalbame apie įstatymų kaitą bei vystymąsi ir apie tai, kad juridinė prievolė kartais yra problemiška. Šitaip – ir kitaip – įrodome, kad nesame liguistai priklausomi nuo mechaninės jurisprudencijos.

Vis dėlto neišsiverčiame be teisės ir juridinės prievolės sąvokų ir laikomės prielaidos, jog jų vartosena išreiškia visuomenės suteiktus įgaliojimus bausti ir taikyti prievartą. Galimas dalykas, jog įsigilinę į šios praktikos detales, pamatysime, jog mūsų vartojamos sąvokos yra ne mažiau kvailos ir iliuziškos negu tos, kurias sugalvojo nominalistai. Tokiu atveju turėsime ieškoti kitų būdų aprašyti tam, ką mes darome, ir arba pateikti kitokius pateisinimus, arba pakeisti mūsų praktikas. Tačiau kol to neišsiaiškinome ir nepadarėme tokių pataisymų, mes negalime priimti nominalistų per ankstyvo kvietimo ignoruoti tas problemas, kurias kelia mūsų dabartinės sąvokos.

Žinoma, siūlymas liautis kalbėti apie „teisę" ir „juridinę prievolę" dažniausiai tėra tik stiprus posakis. Šios sąvokos yra pernelyg giliai įsišaknijusios į mūsų politinių praktikų struktūrą – jų neįmanoma „mesti", kaip metame rūkyti ar liaujamės dėvėti skrybėlę. Kai kurie nominalistai iš dalies tai pripažįsta, kai sako, kad jų smerkiami mitai turi būti suprantami kaip Platono mitai ir kad juos reikia išlaikyti, siekiant mases prijaukinti prie tvarkos. Galbūt, šis siūlymas nėra toks jau ciniškas, kaip atrodo iš pirmo žvilgsnio; ko gero, taip slapčiomis apsidraudžiama nuo rizikingo ėjimo pasekmių.

Atmetus stačiokiškumą, nominalistų puolimą galima suprasti kaip mechaninės jurisprudencijos užsipuolimą. Nepaisant herojiškų raginimų palaidoti teisę, puldami nominalistai patys pateikė analizę, kaip „teisės" ir „juridinės prievolės" terminai turėtų būti vartojami, analizę, kuri nelabai skiriasi nuo to, ko moko labiau klasikinių pažiūrų filosofai. Nominalistai pristato savo analizę kaip modelį, rodantį, kaip „iš tikrųjų veikia" teisinės institucijos (ypač, teismai). Tačiau jų modelis skiriasi – daugiausia akcentais – nuo tos teorijos, kurią pirmą kartą išpopuliarino devynioliktojo amžiaus filosofas Johnas Austinas ir kuri dabar vienokia ar kitokia forma yra pripažįstama daugumos kokių nors teisės teorijos pažiūrų besilaikančių praktikuojančių teisininkų ir teisininkų teoretikų. Šią teoriją vadinsiu – leisdamas sau istorinį neapibrėžtumą – „teisiniu pozityvizmu". Aš noriu išmėginti teisinio pozityvizmo pagrįstumą *(soundness)*, ypač ta galinga jo forma, kurią jam suteikė profeso-

rius H. L. A. Hartas. Jo pozicija mane domina ne tik dėl jos aiškumo ir elegancijos, bet pirmiausia dėl to, kad ne tik šio, bet ir kone visų kitų teisės filosofijos klausimų konstruktyvus apmąstymas pradžioje privalo atsigręžti į jo pažiūras.

2. POZITYVIZMAS

Pozityvizmo skeletą sudaro keletas centrinių organizuojančių nuostatų, ir nors su mano siūloma jų formuluote sutiktų ne kiekvienas filosofas, vadinamas pozityvistu, jos apibrėžia bendrąją poziciją, kurią noriu išmėginti. Šias pagrindines nuostatas galima išdėstyti taip:

(a) Bendruomenės teisė yra specialių normų sistema, bendruomenės tiesiogiai arba netiesiogiai naudojama nustatyti, koks elgesys bus baudžiamas arba susilauks viešosios valdžios prievartos priemonių. Šias specialias normas galima identifikuoti ir atskirti pagal tam tikrus kriterijus, testavimu, kuris paiso ne jų turinio, o jų kilmės *(pedigree),* arba būdo, kuriuo jos buvo priimtos ar išvystytos. Šiuos kilmės testus galima naudoti galiojančioms teisės normoms atskirti nuo netikrų teisės normų (normų, kurias teisininkai bei bylos šalys klaidingai laiko teisės normomis), taip pat nuo kitų rūšių socialinių normų (kurios paprastai suplakamos į krūvą kaip „moralinės normos"), kuriomis bendruomenė vadovaujasi, tačiau jų vykdymo neužtikrina viešosios valdžios prievarta.

(b) Šis teisėtų teisės normų kompleksas išsamiai apibrėžia teisę, todėl jei kieno nors byla nepatenka į tam tikros normos reguliavimo sritį (jei nėra nė vienos normos, kuri būtų tinkama, arba dėl to, kad tos, kurios atrodo tinkamos, yra miglotos, arba dėl kokios kitos priežasties), tuomet tokios bylos negalima išspręsti „taikant teisę". Ją turi išspręsti koks nors pareigūnas, toks kaip teisėjas, kuris „pasinaudoja savo diskrecija", t. y. pareigūnas, kuris turi remtis kokiu nors kitos rūšies standartu už teisės ribų, standartu, kurio vedamas jis konstruoja *(manufacturing)* naują teisės normą ar papildo seną.

(c) Sakyti, jog kas nors turi „juridinę prievolę", – reiškia sakyti, kad jo byla patenka galiojančios teisės normos jurisdikcijon, kuri reikalauja ką nors atlikti arba verčia jį susilaikyti nuo kokio nors veiksmo. (Sakyti, kad kas nors turi juridinę teisę arba kokią nors teisėtą galią, arba teisinę privilegiją, arba imunitetą, – reiškia, trumpai tariant, tvirtinti, kad kiti iš tikrųjų arba hipotetiškai turi juridinės prievoles tam tikru būdu veikti arba nedaryti tam tikrų veiksmų, kurie paliestų tą asmenį.) Nesant tokios galiojančios teisės normos nėra ir juridinės prievolės; iš to seka, kad kai teisėjas klausimą sprendžia realizuodamas savo diskreciją, jis neįgyvendina tam klausimui aktualios juridinės teisės.

Tai tik pozityvizmo skeletas. Jo kūną skirtingai sulipdo skirtingi pozityvistai, o kai kurie pertaisinėja ir pačius kaulus. Skirtingos versijos labiausiai skiriasi tuo, kaip jos aprašo fundamentinį kilmės testą, kurį turi išlaikyti norma, kad būtų pripažinta teisės norma.

Antai Austinas savo fundamentinio testo versiją suformulavo kaip tarpusavyje susijusių apibrėžimų ir perskyrų seriją[1]. Prievolės turėjimą jis apibrėžė kaip normai subordinuotą poziciją, normą – kaip bendrąją komandą, o bendrąją komandą – kaip noro, kad kiti elgtųsi tam tikru būdu, išraišką, remiamą gebėjimo ir valios įgyvendinti tą norą nepaklusimo atveju. Jis suskirstė normas į klases (jos būna teisinės, moralinės arba religinės) priklausomai nuo to, koks asmuo ar grupė yra autorius tos bendrosios komandos, kurią reprezentuoja norma. Jis manė, kad kiekvienoje politinėje bendruomenėje esama suvereno – asmens ar tam tikros grupės, kuriems visi kiti yra įpratę paklusti, tačiau pats suverenas neturi įpročio paklusti niekam kitam. Bendruomenės teisės normos yra bendrosios komandos, išdėstytos jos suvereno. Austino juridinės prievolės apibrėžimas seka iš šio teisės apibrėžimo. Jis manė, kad juridinę prievolę turi tas, kuris yra vienas iš kokio nors bendro suvereno įsakymo adresatų ir kuriam gresia sankcija, jeigu jis jam nepaklus.

---

[1] J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832).

Žinoma, suverenas negali numatyti visų atvejų jokia įsakymų schema, ir kai kurie iš jo įsakymų neišvengiamai bus migloti arba aptakūs. Todėl (anot Austino) tiems, kurie įgyvendina teisę (teisėjams), suverenas suteikia diskreciją skelbti naujus įsakymus susidūrus su naujais ar problemiškais atvejais. Teisėjai tuomet kuria naujas normas arba adaptuoja senas, o suverenas arba panaikina jų kūrybą, arba jai tylomis pritaria.

Austino modelis yra visai gražus savo paprastumu. Jis sutinka su pirmąja pozityvizmo nuostata, jog teisė yra specialiai atrinkta normų viešajai tvarkai reguliuoti sistema, bei teikia paprastą faktais pagrįstą testą – kokias komandas yra išleidęs suverenas? – kaip vienintelį tų specialių normų identifikavimo kriterijų. Bet ilgainiui tiems, kurie studijavo ir mėgino taikyti Austino modelį, jis pasirodė per paprastas. Buvo suformuluota daug prieštaravimų, iš kurių du atrodo esminiai. Pirma, Austino pamatinė prielaida, kad kiekvienoje bendruomenėje esama tam tikros institucijos ar grupės, kuri yra paskutinės kontrolės instancija, kuriai subordinuotos visos kitos grupės, pasirodė netinkama sudėtingai visuomenei. Politinė kontrolė modernioje tautoje yra pliuralistiška ir permainingа *(shifting)*, derybų ir dalybų objektas *(a matter of more or less)*, kompromiso, kooperacijos ir aljanso dalykas, todėl dažniausiai neįmanoma pasakyti, kuris asmuo ar grupė turi tą nepaprastą kontrolės galią, kuri leidžia juos kvalifikuoti kaip Austino suvereną. Pavyzdžiui, kalbant apie Jungtines Valstijas knieti sakyti, kad suverenas yra „tauta“. Tačiau tai beveik nieko nereiškia ir savaime nesuponuoja jokio testo, kuris leistų nustatyti, kokias komandas yra davusi „tauta“, arba atskirti jos teisines komandas nuo socialinių ir moralinių komandų.

Antra, kritikai ėmė suprasti, kad Austino analizės visiškai ignoruoja ir net nepripažįsta tam tikrų su mūsų požiūriu į „teisę“ susijusių faktų, kurių neįmanoma nepastebėti. Mes darome svarbią perskyrą tarp teisės ir net bendrųjų gangsterio įsakymų. Mes jaučiame, kad teisės apribojimai – ir jos sankcijos – yra kitokios, nes jos yra privalomos kitokiu būdu nei asmens, esančio už įstatymo ribų, įsakymai. Austino analizė nenumato erdvės tokiai ar panašiai perskyrai, nes ji

apibrėžia prievolę kaip subordinaciją jėgos grėsmei, taigi teisės autoritetą ji grindžia vien tik suvereno gebėjimu ir valia skriausti tuos, kurie nepaklūsta. Gali būti, kad ši mūsų perskyra yra iliuziška – galbūt mūsų ypatingo teisės autoriteto jausmas remiasi religijos rudimentais ar kokia kita masinio pobūdžio saviapgaule. Tačiau Austinas to neįrodo, o mes turime teisę reikalauti, kad mūsų teisės sampratos analizė arba pripažintų ir paaiškintų mūsų požiūrį, arba parodytų, kodėl ji yra klaidinga.

H. L. A. Harto pozityvizmo versija yra sudėtingesnė negu Austino dviem aspektais. Pirma, jis pripažįsta tai, ko nepripažino Austinas, – jog normos būna skirtingų loginių tipų. (Hartas išskiria dvi rūšis, kurias vadina „pirminėmis" ir „antrinėmis" normomis.) Antra, jis atmeta Austino teoriją, kad norma yra tam tikra komanda, ir pateikia rafinuotesnę bendrąją analizę, aiškinančią, kas yra normos. Mes turime sustoti prie kiekvieno iš šių punktų, o tuomet nurodyti, kaip jie susyja Harto teisės sampratoje.

Harto pirminių ir antrinių normų perskyra yra labai svarbi[1]. Pirminės normos yra tos, kurios bendruomenės nariams teikia teises arba nustato prievoles. Baudžiamosios teisės normos, kurios mums draudžia vogti, žudyti arba per greitai važiuoti, yra geri pirminių normų pavyzdžiai. Antrinės normos yra tos, kurios nurodo, kas ir kaip gali tokias pirmines normas formuluoti, pripažinti, keisti ar panaikinti. Normos, kurios nurodo, kaip sudaromas Kongresas ir kaip jis vykdo įstatymų leidybą, yra antrinių normų pavyzdžiai. Normos, reguliuojančios sandorių bei testamentų sudarymą, taip pat yra antrinės normos, nes jos nurodo, kaip atsiranda ir yra keičiamos labai specialios, konkrečias juridinės prievoles (pavyzdžiui, sutarties terminus ar testamento sudarymą) reguliuojančios normos.

Jo bendroji normų analizė taip pat yra be galo svarbi[2]. Austinas yra pasakęs, kad kiekviena norma yra bendroji komanda, ir kad norma saisto asmenį, jeigu jį galima bausti, jam nepaklusus tai normai.

[1] Žr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law, 89–96 (1961).*

[2] Ten pat, 79–88.

Hartas nurodo, jog tai panaikina perskyrą tarp *prievolės*-ką-nors-daryti turėjimo *(being obliged)* ir buvimo *įsipareigojusiam* ką nors daryti *(being obligadet)*. Jeigu ką nors saisto norma – jis turi pareigą, ne tik prievolę, daryti tai, ką normos numato, štai kodėl būti saistomam normos turi reikšti kažką kita nei galimybę būti baudžiamam nepaklusimo įsakymui atveju. Norma skiriasi nuo įsakymo, be kitų dalykų, ir tuo, kad yra *normatyvi* ir teikia elgesio standartą, kuris į savo subjektą apeliuoja nepriklausomai nuo grėsmės, kuri gali ją įgyvendinti. Norma niekuomet negali būti saistanti vien dėl to, kad koks nors asmuo, turintis fizinės galios, nori, kad ji tokia būtų. Jis turi turėti *autoritetą,* kad galėtų išleisti normą, antraip tai nebus norma, o toks autoritetas tegali kilti tik iš kitos normos, kuri jau saisto tuos, kam ji taikoma. Toks yra skirtumas tarp galiojančio įstatymo ir bandito įsakymų.

Taigi Hartas pateikia bendrąją teoriją normų, kurių autoritetas nepriklauso nuo jų autorių fizinės galios. Pasak jo, jeigu ištiriame, kaip atsiranda įvairios normos, ir paisome perskyros tarp pirminių ir antrinių normų, mes įsitikiname, jog esama dviejų galimų normos autoriteto šaltinių[1]:

(a) Norma gali tapti saistančia žmonių grupės atžvilgiu, jei ta grupė savo praktikose *akceptuoja* normą kaip savo elgesio standartą. Nepakanka vien to, kad grupės elgesiui būdingas tam tikras reguliarumas: net jeigu dauguma anglų šeštadienio vakarais eina į kiną, jie nėra akceptavę normos, reikalaujančios taip daryti. Praktika konstituoja normos akceptavimą tik tuomet, kai tie, kurie laikosi tam tikros praktikos, suvokia normą kaip saistančią ir pripažįsta normą kaip jų pačių elgesio pagrindimą ir pateisinimą bei kaip pagrindą kritikuoti jai nepaklūstančių kitų elgesį.

(b) Norma gali tapti saistančia ir kitu būdu, būtent, ji gali būti paskelbiama laikantis kokios nors *antrinės* normos reikalavimų, kuri

[1] Ten pat, 97–107.

nurodo, kad taip skelbiamos normos yra saistančios. Pavyzdžiui, jeigu klubo konstitucija nurodo, kad įstatus gali priimti narių dauguma, tuomet konkretūs įstatai, už kuriuos balsuojama, saisto visus narius, ir jie yra saistantys ne dėl kokios nors šių konkrečių įstatų akceptavimo praktikos, o dėl to, kad taip sako konstitucija. Tokiame kontekste vartojame *teisėtumo* sąvoką: šia prasme normos, kurios saisto dėl to, kad jos yra sukurtos kurios nors antrinės normos nurodomu būdu, laikomos „teisėtomis" normomis.

Tad Harto fundamentinę perskyrą galima nusakyti taip: norma gali būti saistanti (a) dėl to, kad ji yra akceptuota, arba (b) dėl to, kad ji yra teisėta.

Harto teisės samprata yra šių įvairių perskyrų konstrukcija[1]. Primityvios bendruomenės turi tik pirmines normas, o šios yra saistančios vien dėl akceptavimo praktikų. Tokių bendruomenių negalima teigti turint „teisę", nes čia iš kitų socialinių normų negalima išskirti teisės normų sistemos, kaip reikalauja pirmasis pozityvizmo postulatas. Tačiau kai tam tikra bendruomenė turi išplėtojusi fundamentinę antrinę normą, kuri nurodo, kaip turi būti identifikuojamos teisės normos, gimsta atskiros teisės normų sistemos idėja, taigi teisės idėja.

Hartas šią fundamentinę antrinę normą vadina „pripažinimo taisykle". Konkrečios bendruomenės pripažinimo taisyklė gali būti reliatyviai paprasta („Aktai, išleidžiami karaliaus, yra teisė"), bet gali būti ir labai sudėtinga (Jungtinių Valstijų Konstituciją, su visais jos išaiškinimais, galima suvokti kaip vientisą pripažinimo taisyklę). Taigi tam tikros normos teisėtumo įrodymas gali pareikalauti atsekti painią teisėtumo grandinę nuo tos konkrečios normos iki galutinės fundamentinės normos. Antai Niuheveno miesto savivaldybės potvarkis, reglamentuojantis parkavimą, yra teisėtas, nes yra priimtas miesto tarybos, paisant procedūrų ir kompetencijos ribų, kurias apibrėžia municipalinė teisė, priimta Konektikuto valstijos, laikantis reikalingų procedūrų ir neperžengiant kompetencijos ribų, kurias apibrėžia

[1]Ten pat, *passim*, ypač 6-as skyrius.

Konektikuto valstijos Konstitucija, kuri savo ruožtu yra priimta pagal Jungtinių Valstijų Konstitucijos reikalavimus.

Žinoma, pripažinimo taisyklės teisėtumas nekvestionuojamas, nes pagal hipotezę ji yra galutinė, taigi negali būti tikrinama dar fundamentalesnės normos testų. Pripažinimo taisyklė yra unikali norma teisinėje sistemoje, kurios saistomoji galia priklauso nuo jos akceptavimo. Jeigu norime sužinoti, kokią pripažinimo taisyklę priima ar vadovaujasi tam tikra bendruomenė, turime pažiūrėti, kaip jos piliečiai, ir ypač jos pareigūnai, elgiasi. Turime kreipti dėmesį į tai, kokius galutinius argumentus jie akceptuoja kaip įrodančius tam tikros normos teisėtumą ir kokius galutinius argumentus naudoja kritikuodami kitus pareigūnus ar institucijas. Negalime pritaikyti jokio mechaninio testo, tačiau nėra pavojaus, kad supainiosime bendruomenės pripažinimo taisyklę su jos moralės normomis. Pripažinimo taisyklė identifikuojama pagal tai, jog jos sritis yra įstatymų leidžiamosios valdžios, teismų bei kitų žinybų, policijos bei viso kito valdžios aparato veikimas.

Šiuo būdu Hartas pozityvizmo pagrindus išgelbsti nuo Austino klaidų. Hartas sutinka su Austinu, jog teisėtos teisės normos gali būti sukurtos pareigūnų ir viešosios valdžios institucijų aktais. Tačiau Austinas manė, kad šių institucijų autoritetas kyla iš jų turimo valdžios monopolio. Hartas jų autoritetą kildina iš pamatinių konstitucinių standartų, kurie sudaro jų veikimo kontekstą, konstitucinių standartų, kurie yra akceptuoti kaip fundamentinė pripažinimo taisyklė tos bendruomenės, kurią tos institucijos valdo. Šis kontekstas legitimuoja valdžios sprendimus ir teikia jiems įpareigojimo statusą ir imperatyvumą, kurių neturi plikos Austino suvereno komandos. Be to, Harto teorija skiriasi nuo Austino ir tuo, kad pripažįsta, jog skirtingos bendruomenės naudoja skirtingus galutinius teisės testus, ir kad be valingo įstatymų leidžiamosios valdžios institucijos akto esama ir kitų teisėkūros priemonių, kurias numato kai kurios iš tų bendruomenių. Hartas mini „ilgalaikę paprotinę praktiką" bei „[normos] siejimą su teisėjų sprendimais" kaip alternatyvius kriterijus, kurie dažnai naudojami, nors paprastai – greta teisėkūros testo, kuriam jie subordinuojami.

Taigi Harto pozityvizmo versija yra sudėtingesnė negu Austino, o jo teisės normų teisėtumo testas rafinuotesnis. Tačiau vienu atžvilgiu šiedu modeliai labai panašūs. Hartas, kaip ir Austinas, pripažįsta, kad teisės normos yra aptakios (jis sako, kad jos turi „atvirą struktūrą") ir, vėl taip pat kaip Austinas, problemiškus atvejus jis aiškina sakydamas, kad teisėjai turi diskreciją, kuria naudojasi spręsdami tas bylas sukurdami naują normą[1]. (Vėliau pamėginsiu paaiškinti, kodėl tas, kuris traktuoja teisę laiko specialia normų sistema, yra, galima sakyti, pasmerktas sunkiųjų bylų faktą aiškinti kieno nors diskrecijos realizavimo sąvokomis.)

3. NORMOS, PRINCIPAI IR POLITINĖS NUOSTATOS

Noriu pateikti bendrą pozityvizmo kritiką, o kai reikės konkretaus taikinio, kaip tokį naudosiu H. L. A. Harto versiją. Mano strategijos atramos taškas bus faktas, jog kai teisininkai argumentuoja juridines teises ir prievoles arba dėl jų ginčijasi, ypač tais sudėtingais atvejais, kai mūsų problemos dėl šių sąvokų atrodo ypač aktualios, jie remiasi standartais – principais, politinėmis nuostatomis bei kitokiais standartais, kurie funkcionuoja skirtingai negu normos. Aš argumentuosiu, kad pozityvizmas yra normų sistemos modelis ir normų sistemos projektas, o jo centrinė vienintelio fundamentinio teisės testo sąvoka verčia mus nematyti svarbaus vaidmens tų standartų, kurie nėra normos.

Ką tik pasakiau „principai, politinės nuostatos ir kiti standartai". Principo terminą daugiausia vartosiu kaip bendrąją kategoriją – nurodyti visiems tiems standartams, kurie nėra normos; tačiau kartais jį vartosiu preciziškiau ir darysiu perskyrą tarp principų ir politinių nuostatų. Nors čia pateikiama argumentacija nepriklauso nuo šios perskyros, turiu paaiškinti, kokiu pagrindu ją darau. „Politine nuostata" vadinu tuos standartus, kurie iškelia reikiamą pasiekti tikslą, paprastai siekį patobulinti kurį nors ekonominį, politinį ar socialinį bendruomenės aspektą

[1] Ten pat, 7-as skyrius.

(tiesa, kai kurie tikslai yra negatyvūs, nes reikalauja, kad tam tikras esamas bruožas būtų apsaugotas nuo priešingų pokyčių). O „principu" vadinu standartą, kurio reikia paisyti ne dėl to, kad jis pagerins ar laiduos norimą pasiekti ekonominę, politinę ar socialinę situaciją, o dėl to, kad tai yra teisingumo ar sąžiningumo, ar kokios kitos moralės dimensijos reikalavimas. Antai standartas, reikalaujantis, jog automobilių avarijų turi mažėti, yra politinė nuostata, o standartas, jog niekas negali turėti naudos iš savo blogo elgesio, yra principas. Šią perskyrą galima sugriauti, principą traktuojant kaip socialinio tikslo teigimą (t. y. kaip tikslo teigimą visuomenės, kurioje niekas neturi naudos iš savo blogo elgesio) arba politinę nuostatą traktuojant kaip principo teigimą (principo, jog politinės nuostatos keliamas tikslas yra vertas siekti), arba priėmus utilitarinę tezę, kad teisingumo principai yra užmaskuoti tikslų teiginiai (kaip laiduoti kiek įmanoma didesnę laimę kiek įmanoma didesniam kiekiui žmonių). Esama kontekstų, kuriuose ši perskyra, kai šitaip peraiškiname jos terminus, netenka prasmės[1].

Tačiau čia mano tikslas yra atskirti principus bendrąja prasme nuo normų. Pradėsiu išvardydamas keletą pavyzdžių, iliustruojančių principų funkcionavimą. Šie pavyzdžiai parinkti nesistemiškai; čia tiktų kone kiekvienas į teisės mokyklos chrestomatijas įėjęs atvejis. Garsiojoje byloje *Riggs v. Palmer*[2] Niujorko teismas 1889 m. turėjo nuspręsti, ar paveldėtojas, įrašytas jo senelio testamente, gali paveldėti pagal tą testamentą, net jei jis nužudė savo senelį, kad gautų palikimą. Teismas savo svarstymus pradėjo tokia prielaida: „Įstatymai, reglamentuojantys testamento sudarymą, galiojimą ir paveldėjimo įrodymą, taip pat turto perdavimą, kai testamentas tinkamai sudarytas ir jeigu jo galiojimas bei vykdymas negali būti jokiu būdu ir jokiomis aplinkybėmis sustabdomas ar modifikuojamas, iš tiesų perduoda tą turtą žudikui"[3]. Tačiau teismas toliau nurodė, jog „visų

[1] Žr. 4-ą skyrių. Taip pat žr. Dworkin, „Wasserstrom: The Judicial Decision", 75 *Ethics* 47 (1964), perspausdinta pavadinimu „Does Law Have a Function?", 74 *Yale Law Journal* 640 (1965).

[2] 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

[3] Ten pat, 509, 22 N.E. 189.

įstatymų, lygiai kaip visų sandorių, galiojimas bei įvykdymas gali būti kontroliuojami bendrų fundamentalių bendrosios teisės maksimų. Niekam neturi būti leidžiama pasipelnyti iš apgavystės arba gauti naudos iš blogo elgesio, arba į ką nors pretenduoti be pagrindo, arba įgyti turto nusikalstamu būdu"[1]. Žudikas palikimo negavo.

1960 m. Niudžersio teismui, sprendusiam bylą *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*[2], teko atsakyti į svarbų klausimą, ar (arba: kiek) automobilių gamintojas gali apriboti savo atsakomybę, susijusią su atvejais, kai automobilis yra su defektais. Henningsenas pirko automobilį ir pasirašė sutartį, pagal kurią gamintojo atsakomybė už defektus buvo apribota įsipareigojimu „pataisyti" defektuotas dalis, nustatant, jog „ši garantija yra teikiama vietoj visų kitų garantijų, įsipareigojimų ar atsakomybės". Henningsenas argumentavo, jog bent jau jo atvejo aplinkybėmis gamintojo neturėtų apsaugoti šis apribojimas ir kad jis privalo atlyginti gydymo išlaidas bei kitus avarijoje sužalotų asmenų patirtus nuostolius. Jis negalėjo nurodyti jokio įstatymo ar nustatytos teisės normos, kuria remiantis būtų galima atšaukti kontrakto numatomos gamintojo atsakomybės ribas. Vis dėlto teismas sutiko su Henningsenu. Įvairiais teismo argumentacijos momentais buvo pasitelktos tokios apeliacijos į standartus: (a) „Reikia turėti omenyje bendrąjį principą, jog kai susiduriame ne su apgaule, asmuo, kuris nusprendžia neskaityti sutarties prieš ją pasirašydamas, vėliau negali būti atleistas nuo joje numatytų įpareigojimų"[3]. (b) „Taikant šį principą, svarbus veiksnys yra pamatinis kompetentingų sutarties šalių laisvės principas"[4]. (c) „Sutarties laisvė nėra tokia nepajudinama doktrina, kad neleistų tam tikrų išlygų, tokioje srityje kaip šiuo atveju"[5]. (d) „Tokioje visuomenėje kaip mūsų, kur automobilis yra visuotinė ir būtina kasdienio gyvenimo priemonė ir kur jo naudojimas kelia tiek pavojų vairuotojui, pėstiesiems

---

[1] Ten pat, 511, 22 N.E. 190.

[2] 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960)

[3] Ten pat, 386, 161 A.2d, 84.

[4] Ten pat.

[5] Ten pat, 388, 161 A.2d, 86.

ir visuomenei, gamintojui tenka ypatinga atsakomybė už automobilių konstrukciją, reklamą ir prekybą. Todėl teismai turi detaliai išnagrinėti pirkimo sutartis, idant galėtų pasakyti, ar vartotojo bei viešieji interesai jose traktuojami teisingai"[1]. (e) „Ar esama žinomesnio ir tvirčiau įaugusio į anglų–amerikiečių teisės istoriją principo nei ta pamatinė doktrina, pagal kurią teismai nesileis panaudojami kaip neteisybės ir neteisingumo instrumentai?"[2] (f) „Konkrečiau tariant, teismai paprastai nesileidžia paverčiami *sandorio,* kuriuo viena iš šalių neteisingai pasinaudoja kitos šalies ekonominiais sunkumais, įgyvendinimo priemone ..."[3]

Šiose citatose dėstomi standartai nėra tos rūšies, kuriuos laikome teisės normomis. Jie iš pažiūros labai skiriasi nuo tokių nuostatų kaip „Maksimalus leistinas greitis važiuojant greitkeliu yra šešiasdešimt mylių per valandą" arba „Testamentas negalioja, jei nėra trijų liudininkų parašų". Jie kitokie, nes jie yra teisės principai, o ne teisės normos.

Skirtumas tarp teisės principų ir teisės normų slypi loginėje perskyroje. Abu standartų kompleksai tam tikromis aplinkybėmis kreipia tam tikrų sprendimų dėl juridinės prievolės link, bet jie skiriasi teikiamos krypties pobūdžiu. Normos taikomos pagal principą „viskas–arba–nieko". Jeigu faktai, kurių reikalauja norma, yra, tuomet arba norma galioja, ir tokiu atveju jos pateikiamas atsakymas yra privalomas priimti, arba negalioja, ir tokiu atveju ji nevaidina jokio vaidmens priimant sprendimą.

Šis absoliutus pobūdis aiškiausiai matyti, kai pasižiūrime, kaip normos veikia ne teisėje, bet kokioje nors jų dominuojamoje veikloje – pavyzdžiui, žaidime. Antai beisbolo taisyklės numato, kad po trečio smūgio mušėjas iškrenta. Teisėjas negali likti nuoseklus, jei pripažinęs, kad tai teisingas beisbolo taisyklės išdėstymas, nuspręs,

---

[1] Ten pat, 387, 161 A.2d, 85.

[2] Ten pat, 389, 161 A.2d, 86 (cit. Frankfurter, J., in *United States v. Bethlehem Steel,* 315 U.S. 289, 326 [1942]).

[3] Ten pat.

jog tris kartus smūgiavęs mušėjas neiškrenta. Žinoma, taisyklė gali turėti išimčių (mušėjas, smūgiavęs tris kartus, neiškrenta, jeigu gaudytojas atmuša trečią smūgį). Tačiau teisingas taisyklės išdėstymas nurodys į šią išimtį, o tas, kuris nenurodys, bus neišsamus. Jeigu išimčių sąrašas yra labai ilgas, būtų pernelyg gremėzdiška kartoti jas kiekvieną kartą, kai remiamasi norma; tačiau teoriškai, nėra jokios priežasties, dėl kurios būtų negalima pridurti jas visas, ir juo daugiau jų yra, juo tikslesnis yra normos išdėstymas.

Jeigu sekame beisbolo taisyklių pavyzdžiu, įsitikiname, kad teisės normos, tokios kaip norma, jog testamentas negalioja, jei nėra trijų liudytojų parašų, išsitenka šiame modelyje. Jeigu trijų liudytojų reikalavimas yra galiojanti teisės norma, tuomet negali būti galiojantis testamentas, pasirašytas tik dviejų liudytojų. Norma gali turėti išimčių, bet jeigu ji jų turi, yra netikslu ir neišsamu ją pateikti jų neišvardijant. Bent jau teoriškai visos išimtys galėtų būti išvardijamos, ir juo daugiau jų yra, juo išsamesnis yra normos išdėstymas.

Tačiau cituotuose pavyzdžiuose dėstomi principai veikia kitaip. Net tie, kurie panašiausi į normas, nenustato teisinių pasekmių, automatiškai kylančių, kai esama atitikimo numatytoms sąlygoms. Sakome, kad mūsų teisė gerbia principą, pagal kurį niekas negali turėti naudos iš savo blogo elgesio, tačiau tai sakydami turime galvoje ne tai, kad teisė niekada neleidžia žmogui turėti naudos iš jo daromų blogybių. Iš tikrųjų žmonės dažnai turi naudos, visiškai teisėtai, iš savo nusižengimų teisei. Žinomiausia (liūdnąja prasme) praktika yra žalingas nuosavybės teisių įgijimas – jeigu pakankamai ilgai pažeidinėju jūsų valdų ribas, vieną dieną įgysiu teisę kaip tinkamas kirsti jūsų valdas. Yra daug ne tokių dramatiškų pavyzdžių. Jeigu žmogus sulaužo sutartį ir palieka darbovietę, kad gautų daug geriau apmokamą darbą, jis greičiausiai turės atlyginti nuostolius pirmajam darbdaviui, tačiau paprastai jis neturės atsisakyti savo naujojo atlyginimo. Jeigu už užstatą paleistas žmogus neatvyksta į teismą ir tuo metu kerta valstijos sienas, kad kitoje valstijoje realizuotų didžiai pelningą investicinį projektą, jis gali būti išsiųstas atgal ir įkalintas, tačiau jam liks jo pelnas.

Šių bei nesuskaičiuojamų kitų kontrpavyzdžių, kuriuos nesunku įsivaizduoti, nelaikome įrodymais, kad principas, pagal kurį negalima turėti naudos iš savo blogo elgesio, nėra mūsų teisinės sistemos principas ar kad jis yra nepakankamas ir reikalauja patikslinančių išimčių. Kontrpavyzdžių nelaikome išimtimis (bent jau ta prasme, kuria trečiojo smūgio atmušimas yra išimtis), nes negalime tikėtis šiuos kontrpavyzdžius inkorporuoti, tiesiog traktuodami juos kaip išsamesnį principo išdėstymą. Jie net teoriškai nėra tai, ką būtų galima išvardyti, nes turėtume įtraukti ne tik tuos atvejus (tokius kaip žalingas nuosavybės teisių įgijimas), kai kokia nors institucija jau yra sukūrusi galimybę turėti naudos iš savo blogo elgesio, bet ir tuos nesuskaičiuojamus įsivaizduoti galimus atvejus, kai iš anksto žinome, kad principo nebūtų paisoma. Kai kurių tokių atvejų išvardijimas galėtų mums padėti aiškiau suvokti principo svarumą (šią plotmę aptarsiu netrukus), tačiau dėl to principo išdėstymas netaptų tikslesnis ir išsamesnis.

Toks principas kaip tas, kuris skelbia, kad „niekas negali turėti naudos iš savo blogo elgesio“, net nepretenduoja nustatyti sąlygų, kuriomis jo taikymas tampa būtinas. Veikiau jis išdėsto argumentus, kurie pagrindžia vieną variantą, tačiau iš anksto nedeterminuoja konkretaus sprendimo. Jeigu žmogus turi ką nors įgyti ar jau buvo ką beįgyjąs, kaip tiesioginį rezultatą kokios nors savo neteisėtos veikos, kuria to siekė, tuomet tai yra aplinkybė, į kurią teisė atsižvelgs, spręsdama, ar jam turi likti tai, ką jis įgijo. Kiti principai ar politinės nuostatos gali kreipti kita linkme – pavyzdžiui, nuosavybės apsaugos politinė nuostata arba principas, pagal kurį skirtina tik tokia bausmė, kurią numato įstatymo leidėjas. Tuomet mūsų principas gali negauti viršaus, tačiau tai nereiškia, kad jis nėra mūsų teisinės sistemos principas, mat kitu atveju, kai nėra tokių prieštaraujančių motyvų arba jie ne tokie svarūs, principas gali turėti sprendžiamąją reikšmę. Kai sakoma, kad tam tikras principas yra mūsų teisės principas, turima galvoje ne kas kita kaip tai, jog pareigūnai turi paisyti principo, kai jis yra svarbus kaip argumentas, kreipiantis viena ar kita kryptimi.

Loginė perskyra tarp normų ir principų pasidaro dar aiškesnė, kai pasidomime principais, kurie net nepanašūs į normas. Antai iš-

traukose iš *Henningseno* bylos teisėjų nuomonės nuostata, pažymėta „(d)“, skelbia, jog „gamintojas yra saistomas ypatingos atsakomybės, susijusios su automobilių konstrukcija, reklama ir prekyba“. Ji nė nepretenduoja apibrėžti specifines pareigas, kurias numato tokia speciali prievolė, arba nusakyti, kokios automobilių vartotojų teisės iš to kyla. Tuo tik tvirtinama, – ir tai sudaro esminį jungiamąjį elementą *Henningseno* bylos argumentacijoje, – kad automobilių gamintojams turi būti taikomi griežtesni standartai negu kitiems gamintojams, o jų teisė remtis konkuruojančiu sutarties laisvės principu yra labiau apribota. Tai nereiškia, kad jie niekuomet negali remtis tuo principu ar kad teismai gali savo nuožiūra perrašyti automobilių pirkimo–pardavimo sutartis; tai tik reiškia, kad jeigu tam tikra sąlyga atrodo nesąžininga arba abejotina, teismai turi mažiau pagrindo ją įgyvendinti negu tuo atveju, jeigu tai būtų kaklaraiščių pirkimas–pardavimas. „Specialioji prievolė“ yra argumentas už sprendimą atsisakyti įgyvendinti automobilio pirkimo sutarties sąlygas, bet savaime nedaro tokio sprendimo būtino.

Šis pirmas skirtumas tarp normų ir principų implikuoja kitą. Principai turi plotmę, kurios neturi normos – svarumo ir svarbos plotmę. Kai principai susikerta (pavyzdžiui, kai automobilių vartotojų apsauga kertasi su sutarties laisvės principu), tas, kuris turi išspręsti šį konfliktą, privalo atsižvelgti į kiekvieno iš jų svarumą. Žinoma, tai negali būti tikslus pasvėrimas, ir sprendimas, jog tam tikras principas ar politinė nuostata yra svarbesnė už kitą, dažnai bus kontroversiškas. Vis dėlto tai, jog principas turi šią plotmę, – jog yra prasminga klausti, kiek svarbus ar kiek svarus yra principas, – yra neatsiejama principo sąvokos dalis.

Normos tokios plotmės neturi. Galime kalbėti apie normas kaip apie *funkciškai* svarbias arba nesvarbias (beisbolo taisyklė, jog trys smūgiai yra neleistini, yra svarbesnė už taisyklę, jog bėgikai gali kliudyti barjerą, nes pirmosios taisyklės pakeitimas žaidimą pakeistų kur kas labiau negu antrosios pakeitimas). Šia prasme viena teisės norma gali būti svarbesnė už kitą dėl to, kad jos vaidmuo reguliuojant elgesį yra didesnis arba svarbesnis. Tačiau negalime pasakyti, jog normų

sistemoje viena norma yra svarbesnė už kitą ir kad todėl dviems normoms prieštaraujant viena kitai viena pranoksta kitą savo didesnio svarumo dėka.

Jeigu dvi normos prieštarauja viena kitai, viena iš jų negali būti teisėta norma. Sprendimas dėl to, kuri norma yra teisėta, o kurią reikia panaikinti ar pakeisti, turi būti priimamas remiantis motyvais, esančiais už pačių normų ribų. Teisinė sistema gali reguliuoti tokias kolizijas kitomis normomis, kurios teikia pirmenybę normai, išleistai aukštesnės valdžios, arba normai, išleistai vėliau, arba specialiajai normai, ar pan. Teisinė sistema taip pat gali teikti pirmenybę normai, paremtai svarbesniais principais. (Mūsų teisinė sistema naudoja abu šiuos metodus.)

Iš standarto formos ne visuomet aišku, ar tai yra norma, ar principas. „Testamentas negalioja, jei nėra trijų liudytojų parašų": ši formuluotė nelabai skiriasi kad ir nuo tokios: „žmogus negali turėti naudos iš savo blogo elgesio", tačiau tas, kuris ką nors žino apie Amerikos teisę, žinos, kad pirmąją reikia traktuoti kaip normos teiginį, o antrąją – kaip principo teiginį. Daugeliu atvejų šią perskyrą sunku padaryti – gali būti nenustatyta, kaip standartas turi veikti, ir šis klausimas pats gali kelti prieštarą. Pirmoji Jungtinių Valstijų Konstitucijos pataisa numato, kad Kongresas negali riboti žodžio laisvės. Ar tai yra norma? Jeigu tam tikras įstatymas riboja žodžio laisvę, ar tai reiškia, kad jis yra antikonstitucinis? Tie, kurie tvirtina, kad pirmoji pataisa yra „absoliuti", turi galvoje, kad ją reikia suprasti būtent taip, t. y. kaip normą. Tačiau gal ji tiesiog nusako principą, todėl, kai atskleidžiamas žodžio laisvės apribojimas, jis bus antikonstitucinis, jeigu kontekstas neteikia kokios kitos politinės nuostatos ar principo, kuris tomis aplinkybėmis yra pakankamai svarus, kad leistų ribojimą? Tokios pozicijos laikosi tie, kurie yra už tai, kas vadinama „aiškaus ir realaus pavojaus" testu, arba už kokią kitą „balanso" formą.

Kartais norma ir principas gali vaidinti mažne tą patį vaidmenį, ir tuomet skirtumas tarp jų yra, galima sakyti, vien formos dalykas. Pirmasis Shermano akto skyrius skelbia, kad bet koks sandoris, ribojantis prekybą, yra niekinis. Aukščiausiasis teismas turėjo nuspręsti,

ar šią nuostatą reikia traktuoti kaip normą, diktuojančią savo sąlygas (taigi nepripažinti jokio sandorio, „kuris varžo prekybą“, o tai daro beveik kiekvienas sandoris), ar kaip principą, kuris teikia pagrindą nepripažinti sandorio, jei nėra galiojančių priešingų politinių nuostatų. Teismas interpretavo šią nuostatą kaip normą, tačiau šią normą traktavo kaip kalbančią apie „neprotingumą“ ir draudžiančią tik „neprotingus“ prekybos suvaržymus[1]. Tai leido šiai nuostatai funkcionuoti kaip normai, kas yra logiška (visuomet, kai teismas suvaržymą pripažįsta „neprotingu“, jis privalo sandorį laikyti negaliojančiu), o iš esmės – kaip principui (spręsdamas, ar konkretus suvaržymas konkrečiomis ekonominėmis aplinkybėmis yra „neprotingas“, teismas turi atsižvelgti į daugelį kitų principų ir politinių nuostatų).

Tokie žodžiai kaip „protingas“, „neatsargus“, „neteisingas“ bei „reikšmingas“ dažnai atlieka būtent tokią funkciją. Kiekvienas iš šių terminų juos vartojančios normos taikymą daro tam tikru mastu priklausomą nuo principų ar politinių nuostatų, esančių už normos ribų, ir šiuo būdu pačią normą padaro panašesnę į principą. Tačiau jie normos iš tiesų nepaverčia principu, nes net mažiausiai varžantis iš šių terminų riboja kitų principų ir politinių nuostatų, nuo kurių priklauso norma, *rūšis*. Jeigu mus saisto norma, skelbianti, kad „neprotingi“ sandoriai yra niekiniai arba kad itin „nesąžiningos“ sutartys nebus įgyvendinamos, reikia kur kas daugiau sprendimo galios negu tuo atveju, kai šie terminai nevartojami. Tačiau įsivaizduokime atvejį, kai kokia nors motyvacija, besiremianti politine nuostata arba principu, siūlo, kad sutartis turi būti įgyvendinta, net jei joje nustatyti suvaržymai yra neprotingi arba itin nesąžiningi. Tokių sutarčių vykdymą draustų mūsų normos, taigi jis būtų leistinas tik panaikinus arba pakeitus šias normas. Tačiau jeigu susidurtume ne su norma, bet su politine nuostata, neleidžiančia neprotingų sandorių įgyvendinimo, arba principu, pagal kurį nesąžiningos sutartys neturi būti įgyvendinamos, sutartys galėtų būti įgyvendinamos nekeičiant teisės.

[1] *Standard Oil v. United States*, 221 U.S. 1, 60 (1911); *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 180 (1911).

4. PRINCIPAI IR TEISĖS SĄVOKA

Kai teisės principus identifikuojame kaip atskirą standartų rūšį, kurie skiriasi nuo teisės normų, mes ūmai juos aptinkame visur kur savo aplinkoje. Jų moko teisės dėstytojai, juos cituoja teisės vadovėliai, teisės istorikai juos aukština. Bet aktyviausi ir svariausi jie yra sunkiosiose bylose, tokiose kaip *Riggs* ar *Henningsen* bylos. Tokiais kaip šie atvejais principai vaidina esminį vaidmenį argumentacijoje, ginančioje sprendimus dėl konkrečių juridinių teisių ir prievolių. Kai byla išsprendžiama, galime pasakyti, kad tas atvejis reprezentuoja tam tikrą normą (pavyzdžiui, normą, pagal kurią tas, kuris nužudo, negali pretenduoti į savo aukos palikimą). Tačiau kol byla neišspręsta, norma neegzistuoja; naują normą teismas priima ir pritaiko remdamasis principais. *Riggso* bylos atveju teismas rėmėsi principu, kad niekas negali turėti naudos iš savo blogo elgesio, kaip pamatiniu standartu, įgalinančiu interpretuoti testamento įstatymą, ir šiuo būdu pateisino naują to įstatymo interpretaciją. *Henningseno* byloje teismas rėmėsi įvairiais tarpusavyje susijusiais principais ir politinėmis nuostatomis kaip pagrindu įtvirtinti naujai normai, nustatančiai gamintojų atsakomybę už automobilių defektus.

Todėl juridinės prievolės sąvokos analizė turi atsižvelgti į svarbų principų vaidmenį ieškant konkrečių teisės sprendimų. Čia įmanomos dvi labai skirtingos taktikos:

(a) Teisės principus galime traktuoti kaip teisės normas ir sakyti, kad kai kurie principai yra saistantys kaip teisė ir į juos turi atsižvelgti teisėjai bei teisininkai, kurie priima sprendimus dėl juridinės prievolės. Jeigu renkamės šią taktiką, turėsime sakyti, kad bent jau Jungtinėse Valstijose „teisė" apima ir principus, ir normas.

(b) Bet galime ir nesutikti, kad principai gali būti saistantys taip, kaip saisto kai kurios normos. Vietoj to sakytume, kad tokiais atvejais kaip *Riggs* ar *Henningsen* bylos teisėjo žvilgsnis krypsta už privalomų taikyti normų ribų (t. y. už „teisės" ribų), ieškodamas ekstrateisinių principų, kuriais jis gali, jeigu pageidauja, vadovautis.

Gali atrodyti, kad tarp šių dviejų argumentavimo taktikų nėra didelio skirtumo, kad tai tik verbalinė problema – kaip pageidautina vartoti žodį „teisė". Tačiau taip manyti klaidinga, nes pasirinkimas iš šių dviejų traktuočių yra be galo svarbus juridinės prievolės analizei. Tai pasirinkimas iš dviejų teisės principo *sąvokų,* pasirinkimas, kurį galima paaiškinti palyginimu su pasirinkimu iš dviejų teisės normos *sąvokų.* Kartais apie ką nors sakome, kad jis „laikosi kokios nors taisyklės" *(makes it a rule),* kai norime pasakyti, kad jis yra apsisprendęs sekti tam tikra praktika. Pavyzdžiui, galėtume pasakyti, kad kas nors laikosi įpročio nubėgti mylią prieš pusryčius, nes jis nori būti sveikas ir tiki režimo naudingumu. Tai sakydami, turime galvoje ne tai, kad jis yra *saistomas* normos, reikalaujančios nubėgti mylią prieš pusryčius, ir net ne tai, kad jis suvokia ją kaip jį saistančią. Akceptuoti normą kaip saistančią nėra tas pats, kas laikytis tam tikros taisyklės minėtąja prasme. Jeigu dar kartą pasitelktume Harto pavyzdį, – esama skirtumo tarp pasakymo, kad anglai laikosi taisyklės nueiti į kiną kartą per savaitę, ir pasakymo, kad anglai turi normą, pagal kurią privalu kartą per savaitę eiti į kiną. Antrasis implikuoja, kad jeigu anglas nesivadovauja ta norma, jis tampa kritikos ir peikimo objektu, tačiau pirmasis pasakymas to neimplikuoja. Pirmasis pasakymas neatmeta *tam tikros* kritikos galimybės – galime sakyti, kad tas, kuris nevaikšto į kiną, nesirūpina saviugda – tačiau tai nereiškia, kad jis daro kažką bloga būtent dėl to, kad nesivadovauja tokia norma.[1]

Jeigu bendruomenės teisėjus suvokiame kaip grupę, teisės normas, kuriomis jie vadovaujasi, galima aprašyti šiais dviem skirtingais būdais. Pavyzdžiui, galėtume pasakyti, kad tam tikroje valstybėje teisėjai laikosi taisyklės neįgyvendinti testamentų, jei nėra trijų liudytojų. Tai neimplikuotų, kad tas retas teisėjas, kuris įgyvendina tokį testamentą, daro kažką neleistina vien dėl tos priežasties. Bet galime sakyti, kad toje valstybėje įstatymas reikalauja iš teisėjų neįgyvendinti tokių testamentų, o tai jau implikuoja, kad teisėjas, kuris juos įgy-

[1] Ši perskyra iš esmės yra ta pati, kurią daro Rawlsas: žr. „Two concepts of rules", 64 *Philosophical review* 3 (1955).

vendina, elgiasi neteisingai. Hartas, Austinas ir kiti pozityvistai be abejo laikytųsi pastarojo požiūrio į teisės normas; jų toli gražu netenkintų aiškinimas apie „taisyklių laikymąsi". Tai ne verbalinė problema – kuris nusakymas yra geras. Tai klausimas, kuris iš jų tiksliau aprašo socialinę situaciją. Nuo to, kurį aprašymą pasirenkame, priklauso kiti svarbūs klausimai. Pavyzdžiui, jeigu teisėjai paprasčiausiai „laikosi taisyklės" neįgyvendinti tam tikrų sutarčių, tuomet iki sprendimo negalima pasakyti, kad kas nors „turi teisę" į tokį sprendimą, ir ta nuostata negalima vienokiame ar kitokiame pagrindime, kuris teikiamas tam sprendimui.

Dvi principų kritikos taktikos yra paraleliškos šiems dviem požiūriams į normas. Pirmuoju atveju principai saisto teisėjus, todėl jeigu teisėjai netaiko principų, kai šie yra taikytini, – jie elgiasi blogai. Kitu atveju principas yra apibendrinimas to, ką dauguma teisėjų „padaro principu" *(make it a principle to do)* tuomet, kai būna priversti nesilaikyti standartų, kurie juos saisto. Pasirinkimas kurio nors iš šių požiūrių turės įtakos, gal net determinuos galimą atsakymą į klausimą, ar teisėjas sunkiojoje byloje, tokioje kaip *Riggs* ar *Henningsen,* siekia įgyvendinti jau egzistuojančias juridines teises ir prievoles. Jei pasirenkame pirmąją taktiką, mums dar lieka laisvė argumentuoti, jog tokie teisėjai taikydami saistančius teisės standartus, įgyvendina juridines teises ir prievoles. Tačiau jei pasirenkame antrąją taktiką, netenkame teisės ginčytis šiuo klausimu ir turime pripažinti, kad žudiko šeimos nuosavybė *Riggs* byloje ar gamintojo pinigai *Henningsen* atveju buvo atimti teisėjų diskrecijos aktu, diskrecijos, realizuotos *ex post facto.* Daugelio skaitytojų tai gali ir nešokiruoti – teisėjų diskrecijos sąvoka mūsų teisinėje bendruomenėje visiems įaugusi į kraują – ir vis dėlto tai iliustruoja vieną iš labiausiai dilginančių galvosūkių, kurie kelia nerimą filosofams, mąstantiems apie juridinę prievolę. Jeigu tokiais atvejais kaip šie nuosavybės atėmimas negali būti pateisinamas apeliuojant į nustatytą prievolę, turi būti rastas kitas pateisinimas, bet nieko patenkinamo iki šiol nėra pasiūlyta.

Savo pozityvizmo skeleto diagramoje, kurią išdėsčiau pradžioje, teisėjų diskrecijos doktriną priskyriau prie antrosios nuostatos. Pozi-

tyvistai laikosi požiūrio, kad kai bylos neapima jokia aiški norma, teisėjas turi realizuoti savo diskreciją, idant išspręstų tą bylą aktu, kurį galima suvokti kaip originalų teisėkūros aktą *(fresh piece of legislation)*. Gali būti, jog tarp šios doktrinos ir klausimo, kurį iš dviejų požiūrių į teisės principus turime pasirinkti, esama svarbios sąsajos. Todėl turėsime iškelti klausimą, ar ši doktrina yra teisinga ir ar ji implikuoja antrąjį požiūrį, kaip atrodo iš pažiūros. Tačiau, svarstydami šiuos klausimus, pakeliui turėsime nugludinti savo diskrecijos sąvokos supratimą. Pamėginsiu parodyti, kaip tam tikra painiava, susijusi su šia sąvoka, būtent nesugebėjimas atskirti skirtingas prasmes, kuriomis ji vartojama, paaiškina diskrecijos doktrinos populiarumą. Argumentuosiu, kad tos šios doktrinos prasmės, kuri susijusi su tuo, kaip mes traktuojame principus, visiškai neaiškina tie argumentai, kuriais pozityvistai ją gina.

5. DISKRECIJA

Diskrecijos *(discretion)* sąvoką pozityvistai paėmė iš kasdienės kalbos, tad šiai sąvokai suprasti svarbi jos natūrali aplinka, į kurią ją dabar trumpai sugrąžinsime. Ką kasdieniame gyvenime reiškia pasakymas, jog kas nors daro „savo nuožiūra"? Pirmiausia pažymėtina, jog šią sąvoką tinka vartoti tik labai specialiame kontekste. Pavyzdžiui, vargu ar sakytumėme, jog aš galiu arba negaliu „savo nuožiūra" išrinkti gyvenamąjį namą savo šeimai. Nors nepasakysi, kad šiuo atveju aš negaliu rinktis „savo nuožiūra", tačiau būtų beveik taip pat nekorektiška sakyti, kad aš galiu rinktis savo nuožiūra. Diskrecijos sąvoka gerai tinka tik tokiame kontekste, kai kam nors yra pavesta priimti sprendimus, kuriems taikytini tam tikro autoriteto nustatyti standartai. Galima kalbėti apie seržanto diskreciją, nes jis gauna įsakymus iš vyresniųjų karininkų, arba apie sporto teisėjo ar varžybų arbitro diskreciją, nes juodu vadovaujasi nuostatais ar varžybų taisyklėmis. Diskrecija – nelyginant skylė pyragėlyje – egzistuoja tik kaip erdvė, palikta ją juosiančio suvaržymų saito. Todėl tai yra reliatyvi sąvoka. Visuomet verta paklausti: „nuo kokių standartų priklauso

diskrecija?“ arba „kokio autoriteto atžvilgiu turima ši diskrecija?“ Dažnai atsakymas aiškus iš konteksto, tačiau kai kuriais atvejais pareigūnas gali turėti diskreciją tam tikru požiūriu, o kitu požiūriu – jos neturėti.

Tiksli „diskrecijos“ reikšmė, beveik kaip visų terminų, priklauso nuo konteksto ypatybių. Terminui niuansą suteikia suvoktos informacijos fonas, kuriame tas terminas vartojamas. Iš pradžių bus pravartu nustatyti kai kuriuos esminius skirtumus, nepaisant tų niuansų įvairovės.

Kartais diskrecijos terminą vartojame negriežtąja prasme, tiesiog norėdami pasakyti, jog standartai, kuriuos privalo taikyti pareigūnas, negali būti taikomi mechaniškai, o reikalauja individualaus sprendimo. Šia negriežtąja prasme diskrecijos sąvoką vartojame tuomet, kai iš konteksto visa tai nėra savaime aišku, kai mūsų auditorijos numanomas prielaidų kontekstas neimplikuoja šio žinojimo. Antai galima pasakyti: „Seržanto gautas įsakymas paliko jam nemažai diskrecijos“ tiems, kurie nežino, koks yra tas seržanto gautas įsakymas, arba tiems, kurie nežino ko nors, kas tą įsakymą padaro miglotą ar sunkiai vykdomą. Tokiu atveju siekiant išsamumo visai tiktų pridurti, kad leitenantas įsakė seržantui pasiimti į sargybą penkis labiausiai patyrusius vyrus ir kad nėra paprasta nuspręsti, kurie yra tie labiausiai patyrę.

Kartais diskrecijos sąvoką vartojame kita negriežtąja prasme, kai paprasčiausiai norime pasakyti, kad vienas ar kitas pareigūnas priima galutinį sprendimą ir kad jo sprendimo negali peržiūrėti ar panaikinti joks kitas pareigūnas. Tokiu atveju turime omenyje tai, jog pareigūnas priklauso hierarchijai, kuri sudaryta taip, kad kai kurie pareigūnai turi daugiau sprendžiamosios galios, tačiau įgaliojimų taikymo modeliai skiriasi priklausomai nuo sprendimo pobūdžio. Pavyzdžiui, kalbėdami apie beisbolą sakysime, kad tam tikri sprendimai, kaip antai sprendimas, kas pirma pasiekė antrąją bazę – kamuolys ar žaidėjas, yra palikti antrosios „bazės“ teisėjo diskrecijai, jei norėsime pasakyti, kad vyriausiasis teisėjas negali šio sprendimo pakeisti savuoju, jeigu su juo nesutinka.

Šias abi prasmes vadinu negriežtosiomis, kad atskirčiau jas nuo griežtesnės reikšmės – mat diskrecijos terminą kartais vartojame norėdami pasakyti ne tik tai, kad pareigūnas turi pasitelkti savo sprendimo galią taikydamas standartus, jam nustatytus aukštesnės valdžios,

arba kad niekas neperžiūrės to sprendimo, bet ir tai, kad tam tikru klausimu šio pareigūno tiesiog nesaisto aukštesnės valdžios nustatytieji standartai. Šia prasme kalbame apie diskreciją seržanto, gavusio įsakymą pasiimti į sargybą savo nuožiūra bet kuriuos penkis vyrus, arba apie diskreciją šunų parodos teisėjo, kuris gali pirma vertinti Erdeilo terjerus, o po jų – bokserius, jeigu taisyklės nereglamentuoja varžybų eigos. Šia prasme terminą vartojame norėdami nurodyti ne standartų miglotumą ar sudėtingumą, ar kas taria galutinį žodį juos taikant, bet tų standartų galiojimo sritį ir sprendimus, kuriuos jie siekia reguliuoti. Jeigu seržantas gavo įsakymą parinkti penkis labiausiai patyrusius vyrus, jis neturi diskrecijos šia griežtąja prasme, nes jo sprendimą kontroliuoja įsakymas. Dėl tos pačios priežasties ir bokso varžybų teisėjas, turintis nuspręsti, kuris iš boksininkų buvo agresyvesnis, neturi diskrecijos griežtąja prasme[1].

Jeigu kas nors sakytų, kad šiais atvejais seržantas ar teisėjas turi diskreciją, diskrecijos terminą reikėtų suvokti viena iš negriežtųjų prasmių, jei tam neprieštarautų kontekstas. Įsivaizduokime, pavyzdžiui, kad leitenantas įsako seržantui parinkti penkis vyrus, kuriuos šis mano esant labiausiai patyrusius, ir priduria, kad seržantas turi diskreciją juos atrinkti. Arba tarkime, kad taisyklės, jog teisėjas raundo nugalėtoju turi skelbti agresyvesnį kovotoją, bet jį nustatyti palieka teisėjo diskrecijai. Šiuos teiginius dera suvokti antrąja negriežtąja prasme, t. y. sprendimo peržiūros aspektu. Pirmoji negriežtoji prasmė, – jog sprendimui priimti būtina sprendimo galia, – šiuo atveju atkrinta, o trečiąją, griežtąją, prasmę patys šie teiginiai pašalina.

Turime išvengti klaidos, kurią kyla pagunda padaryti. Diskrecija griežtąja prasme nėra visiška laisvė *(license)* ir nepašalina kritikos galimybės. Beveik kiekvienai situacijai, kurioje asmuo veikia (įskaitant ir

---

[1] Čia neminiu jurisprudencijos pamėgtosios – „ribotos" diskrecijos, nes ši sąvoka nekelia ypatingų sunkumų, jeigu turime omenyje diskrecijos reliatyvumą. Tarkime, seržantui įsakoma rinktis *iš* labiausiai patyrusių vyrų arba „atsižvelgti į patirtį". Tokiu atveju būtų galima sakyti ir kad seržantas turi (ribotą) diskreciją rinktis sargybinius, ir kad jis turi (visišką) diskreciją arba rinktis iš patyrusių vyrų, arba nuspręsti, kokį kitą kriterijų taikyti.

tas, kuriose nereikia spręsti turint tam tikrus įgaliojimus, todėl nekyla diskrecijos klausimas), tampa svarbūs vienokie ar kitokie racionalumo, teisingumo ar efektyvumo standartai. Vieni kitų veiksmus kritikuojame remdamiesi būtent tokiais standartais, ir to nedaryti nėra jokios priežasties, jeigu veiksmai neperžengia tam tikrų įgaliojimų ribų (išsitenka toje pyragėlio skylėje). Antai galime sakyti, jog seržantas, pasinaudodamas jam suteikta diskrecija (griežtąja prasme) sargybinius parinko neprotingai, nevykusiai ar nerūpestingai, arba kad teisėjas, kuris turėjo diskreciją nustatyti šunų apžiūros tvarką, padarė klaidą pirma pasirinkęs bokserius, nors Erdeilo terjerų buvo tik trys, o bokserių – gerokai daugiau. Pareigūno diskrecija nereiškia, kad jis gali spręsti be atodairos į protingumo ar teisingumo standartus; ji tik reiškia, kad jo sprendimo nereglamentuoja konkrečios aukštesnės valdžios, kurią turime omenyje keldami diskrecijos klausimą, nustatyti standartai. Žinoma, tokia laisvė yra svarbi; todėl negalima išsiversti be diskrecijos griežtosios prasmės. Tas, kuris turi diskreciją šia trečiąja prasme, gali būti kritikuojamas, tačiau ne dėl nepaklusnumo, kaip būtų kareivio atveju. Galima pasakyti, kad jis padarė klaidą, bet negalima pasakyti, – pavyzdžiui, apie sporto teisėją ar varžybų arbitrą, – kad jis atėmė iš dalyvio sprendimą, į kurį šis turėjo teisę.

Turėdami omenyje šias pastabas, galime grįžti prie pozityvistinės teisėjų diskrecijos doktrinos. Anot šios doktrinos, jeigu atvejo nereglamentuoja nustatyta taisyklė, spręsdamas bylą teisėjas turi realizuoti savo diskreciją. Ketiname paanalizuoti šią doktriną ir pažiūrėti, kaip ji susijusi su mūsų principų traktavimu; tačiau pirma turime išsiaiškinti, kuria prasme čia turime suvokti diskreciją.

Anot kai kurių nominalistų, teisėjai visuomet turi diskreciją, net tuomet, kai yra aiški taisyklė, nes teisėjai galiausiai yra lemiamą žodį tariantys teisės arbitrai. Ši diskrecijos doktrina vartoja šį terminą antrąja negriežtąja prasme: ji nurodo, kad jokia aukštesnė instancija neperžiūri aukščiausiojo teismo sprendimų. Tad ji neturi nieko bendra su tuo, kaip mes paaiškiname principus, lygiai kaip ir su tuo, kaip mes paaiškiname normas.

Pozityvistinė doktrina šitai pateikia kitaip. Ji teigia, jog teisėjas

neturi diskrecijos, jei yra aiški ir nustatyta taisyklė. Įdėmesnis žvilgsnis į pozityvistų argumentus leidžia manyti, jog diskrecijos terminą jie vartoja pirmąja negriežtąja prasme, t. y. nurodo tik tai, jog teisėjai, taikydami teisinius standartus, kartais privalo pasinaudoti savo sprendimo galia. Taigi pozityvistų argumentai atkreipia dėmesį į tai, kad kai kurios teisės normos yra miglotos (antai profesorius Hartas sako, jog visos teisės normos turi „atvirą struktūrą") ir kad pasitaiko atvejų (pavyzdys galėtų būti *Henningsen* byla), kada jokia esama taisyklė netinka. Jie pabrėžia, kad kai kurių teisės klausimų sprendimas teisėjams atsieina labai daug pastangų ir kad dviejų vienodai išsilavinusių ir nuovokių teisėjų nuomonės dažnai išsiskirs.

Šie teiginiai jų autoriams neatsiėjo daug pastangų; kiekvienam, kas bent kiek susipažinęs su teise, šie dalykai yra gerai žinomi. Būtent dėl to nelengva teigti, jog pozityvistai diskrecijos terminą vartoja šia negriežtąja prasme. Teiginys, jog nesant aiškios taisyklės turi būti realizuota diskrecija sprendimo galios prasme, yra tautologija. Be to, jis nieko nesako apie tai, kaip reikėtų paaiškinti teisės principus. Nenusižengsime nuoseklumui pasakydami, kad, pavyzdžiui, teisėjas *Riggs* byloje turėjo pasitelkti sprendimo galią ir kad jis privalėjo vadovautis principu, jog niekas negali gauti naudos iš savo blogo elgesio. O pozityvistai kalba taip, tarsi jų teisėjų diskrecijos doktrina būtų ne tautologija, o įžvalga, ir būtų susijusi su principų traktavimu. Antai Hartas sako, jog kai susiduriame su teisėjo diskrecija, nebegalime kalbėti apie tai, kad jis yra saistomas standartų, bet turime veikiau kalbėti apie tai, kokiais standartais jam „būdinga remtis"[1]. Harto nuomone, kai teisėjai turi diskreciją, principus, kuriais jie remiasi, reikia traktuoti antruoju mūsų nurodytu požiūriu, t. y. žiūrėti, kokius veiksmus teisėjai „padaro principu" *('make it a principle' to do)*.

Taigi pozityvistai, regis, savo doktrinoje remiasi – bent jau kai kada – trečiąja griežtąja diskrecijos prasme. Šia prasme ji susijusi su principų traktavimu; tiesą sakant, pastarąja prasme ši doktrina yra ne kas kita, kaip kita mūsų antrojo požiūrio formuluotė. Teigti, jog pristigęs

[1] H. L. A. Hart, *The Concept of Law,* 144 (1961).

taisyklių teisėjas turi diskreciją tuo požiūriu, kad jo nesaisto teisės autoriteto nustatyti standartai, yra tas pats, kaip teigti, jog teisiniai standartai, kuriais remiasi teisėjai, jų nesaisto, jeigu jie nėra taisyklės.

Todėl turime atlikti teisėjų diskrecijos doktrinos griežtąja prasme analizę. (Toliau diskrecijos terminą vartosiu pastarąja prasme.) Ar principai, kuriais teisėjas remiasi tokiais atvejais kaip *Riggs* ar *Henningsen* bylos, reglamentuoja jų sprendimus, kaip kad seržanto gautas įsakymas parinkti penkis labiausiai patyrusius vyrus ar teisėjo pareiga išrinkti agresyvesnį kovotoją reglamentuoja šių pareigūnų sprendimus? Kokių argumentų, rodančių, jog taip nėra, galėtų pateikti pozityvistas?

(1) Pozityvistas galėtų tvirtinti, jog principai negali saistyti ar įpareigoti. Tai klaidingas argumentas. Žinoma, visuomet galima klausti, ar tam tikras principas *faktiškai* saisto vieną ar kitą teisės pareigūną. Tačiau loginiame principo pobūdyje nėra nieko, dėl ko jis negalėtų saistyti pareigūno. Tarkime, jog *Henningsen* bylos teisėjas, visai neatsižvelgdamas į principą, kad automobilių gamintojai turi specialią prievolę savo vartotojams, arba į principą, kad teismai siekia apsaugoti silpnesnę sandorio šalį, tiesiogiai priima sprendimą atsakovo naudai remdamasis tik sutarties laisvės principu. Jo kritikai nepasitenkintų nurodydami, kad jis neatsižvelgė į kitų teisėjų jau kurį laiką svarstomus argumentus. Daugelis pasakytų, kad jo pareiga buvo atsižvelgti į minėtus principus ir kad ieškovas turėjo teisę to iš jo reikalauti. Sakydami, jog teisėją saisto *taisyklė,* turime omenyje ne ką kita, kaip tai, jog jis privalo ja remtis, kai ji taikytina, o jeigu jis to nedaro – daro klaidą.

Į *Henningsen* bylą panašiais atvejais neužtenka pasakyti, kad teismas yra tik morališkai įpareigotas atsižvelgti į tam tikrus principus arba kad tai – jo „institucinė" prievolė, arba kad tai – teisėjo „meistriškumo" reikalas ir pan. Tai neatsako į klausimą, kodėl šios rūšies prievolė (kad ir kaip ją pavadintume) skiriasi nuo tos prievolės, kurią teisėjams primeta normos, ir kodėl tai įgalina mus sakyti, jog principai ir politinės nuostatos *(policies)* yra ne sudedamoji teisės dalis, o tik ekstrateisiniai standartai, kuriais „teismui būdinga remtis".

(2) Pozityvistas galėtų sakyti, jog nors kai kurie principai ir turi saistomąją galią ta prasme, kad teisėjas privalo į juos atsižvelgti, jie negali determinuoti konkretaus rezultato. Šį argumentą kur kas sunkiau įvertinti, mat neaišku, kaip reikėtų suprasti tai, kad standartas „determinuoja" rezultatą. Galbūt tai reiškia, jog standartas *diktuoja* rezultatą visuomet, kai tas standartas gali būti taikomas daugiau į nieką neatsižvelgiant. Jei taip, tuomet individualūs principai iš tiesų nedeterminuoja rezultatų, tačiau tai tik kitas būdas pasakyti, jog principai nėra normos. Tik normos diktuoja rezultatus, kad ir kas atsitiktų. Jeigu gaunamas priešingas rezultatas, normos atsisakoma arba ji pakeičiama. Principai veikia kitaip: jie kreipia *(inuline)* sprendimą tam tikra linkme, tačiau ne griežtai *(conclusively)*, ir išlieka nepakeisti ir tada, kai sprendžiant nepaima viršaus. Tačiau tai neduoda pagrindo daryti išvadą, jog teisėjai, kurie turi atsižvelgti į principus, turi diskreciją, nes principų sistema *gali* diktuoti rezultatą. Jeigu teisėjas tiki, kad principai, kuriuos jis privalo pripažinti, kreipia viena linkme ir kad principai, kreipiantys kita linkme, jei tokių yra, svarbumu neprilygsta pirmiesiems, – jis turi atitinkamai apsispręsti, lygiai kaip jis privalo taikyti tą normą, kurią mano esant saistančią. Žinoma, vertindamas principus jis gali suklysti, tačiau jis gali klysti ir manydamas kokią nors normą esant saistančią. Galime pridurti, jog ir seržantas su varžybų teisėju dažnai yra tokioje pačioje padėtyje. Joks vienas veiksnys negali padiktuoti, kurie iš kareivių yra labiausiai patyrę ar kuris kovotojas yra agresyvesnis. Šie pareigūnai turi spręsti pasvėrę įvairius veiksnius; šiuo atžvilgiu jie neturi diskrecijos.

(3) Pozityvistas galėtų tvirtinti, jog principų negalima laikyti teise, nes jų autoritetas, ir juo labiau svarumas, yra iš esmės *kontroversiškas*. Iš tiesų negalime *įrodyti* vieno ar kito principo autoriteto ar svarumo taip, kaip kartais galime įrodyti normos galiojimą, nurodydami Kongreso aktą ar autoritetingo teismo nuomonę. Vietoj to principą ir jo svarumą giname remdamiesi praktikos ir kitų principų mišiniu, kuriame įstatymų leidybos ir teismo istorijos peršamos išvados pateikiamos greta nuorodų į bendruomenės praktiką bei įsiga-

lėjusias sampratas. Nėra lakmuso popierėlio tokių argumentų pagrįstumui patikrinti – tai sprendimo dalykas, o mąstantys žmonės gali nesutarti. Tačiau, antra vertus, tai neišskiria teisėjo iš kitų pareigūnų, neturinčių diskrecijos. Seržantas neturi lakmuso popierėlio patirčiai patikrinti, varžybų teisėjas neturi jo agresyvumui nustatyti. Nei vienas, nei kitas neturi diskrecijos, nes jie privalo suprasti, ko iš jų reikalauja įsakymas ar norma, ir veikti šio supratimo – nesvarbu, ar jis kontroversiškas, ar ne, – pagrindu. Tokia pat yra teisėjo pareiga.

Žinoma, jei teisinga tai, ką pozityvistai skelbia kitoje savo doktrinoje – teorijoje, teigiančioje, kad kiekvienoje teisinėje sistemoje yra galutinio teisės saistomosios galios *patikrinimo* galimybė, kaip kad profesoriaus Harto pripažinimo taisyklė, – tuomet principai iš tiesų nėra saistanti teisė. Tačiau principų nesuderinamumas su pozityvistų teorija vargu ar gali būti argumentas kokio nors išskirtinio principų traktavimo naudai. Tai verčia suklusti; principų statusas mums rūpi todėl, kad norime įvertinti pozityvistų modelį. Pozityvistas negali savo pripažinimo taisyklės teorijos apginti dekretu. Jeigu principų neįmanoma patikrinti, jis turi nurodyti kitą priežastį, dėl kurios jų negalima laikyti teise. Kadangi principams tenka svarbus vaidmuo argumentuojant juridinę prievolę (čia vėl reikia prisiminti *Riggs* ir *Henningsen* bylas), modelis, kuris numato tokį vaidmenį, turi privalumų prieš tą, kuris tokį vaidmenį paneigia, tačiau jo paties labui pastarasis negali būti rimtai puolamas.

Išdėstėme pačius labiausiai tikėtinus argumentus, kuriuos pozityvistas pasitelktų diskrecijos griežtąja prasme doktrinai bei antrajam požiūriui į principus ginti. Nurodysiu vieną stiprų kontrargumentą prieš šią doktriną. Kartu tai argumentas pirmojo požiūrio naudai. Jeigu nepripažįstama, kad bent jau kai kurie principai saisto teisėjus, kuriems jie būtini kaip sistema, įgalinanti priimti konkrečius sprendimus, tuomet ir normos negali būti laikomos juos saistančiomis arba tik labai nedaug normų laikytinos tokiomis.

Daugelyje Amerikos jurisdikcijų, o dabar jau ir Anglijoje, aukštesnieji teismai neretai atmeta nustatytas normas. Bendrosios teisės

normos – normos, suformuluotos ankstesniuose teismo sprendimuose, – kartais tiesiog panaikinamos, o kartais radikaliai pakeičiamos tolesnės praktikos. Įstatymų nustatytos normos interpretuojamos ar reinterpretuojamos, ir nebūtinai tik tam kad būtų įgyvendinta tai, kas vadinama „įstatymų leidėjo ketinimu"[1]. Jeigu teismai turėtų diskreciją keisti nustatytas normas, tuomet, suprantama, šios normos negalėtų būti juos saistančios, taigi pagal pozityvistų modelį jos nebūtų teisė. Todėl pozityvistas yra priverstas argumentuoti, jog teisėjus saisto standartai, kurie determinuoja, kada teisėjas gali panaikinti arba pakeisti nustatytą normą ir kada negali.

Taigi kada teisėjui leistina keisti egzistuojančią teisės normą? Atsakyme į šį klausimą principai figūruoja dvejopai. Pirma, būtina (nors to ir nepakanka), kad teisėjas manytų pakeitimą turėsiant teigiamos įtakos tam tikram principui, principui, kuris pagrindžia pakeitimą. *Riggs* byloje keitimas (nauja testamento įstatymo interpretacija) buvo pateisintas principo, kad niekas neturi turėti naudos iš savo blogo elgesio; *Henningsen* byloje pripažintos automobilių gamintojų atsakomybę reguliuojančios normos buvo pakeistos remiantis tam tikrais principais, kuriuos citavau iš teismo nuomonės.

Tačiau ne kiekvienas principas gali pateisinti keitimą, antraip jokia norma niekada nebūtų saugi. Kai kurie principai turi būti svarbūs, o kiti – ne, be to, kai kurie principai turi turėti didesnę reikšmę negu kiti. Tai negali priklausyti nuo teisėjo individualių preferencijų renkantis iš gausybės tinkamų ekstrateisinių standartų, iš kurių bet kuris yra iš esmės potencialiai tinkamas, nes jeigu tokia priklausomybė egzistuotų, negalėtume sakyti, kad kokios nors normos yra saistančios. Visuomet galime įsivaizduoti teisėją, kurio preferencijos renkantis iš ekstrateisinių standartų pateisintų net labiausiai įsišaknijusios normos pakeitimą ar radikaliai naują aiškinimą.

Antra, kiekvienas teisėjas, kuris siūlo pakeisti egzistuojančią doktriną, turi atsižvelgti į kai kuriuos svarbius standartus, kurie yra argumentai prieš nutolimą nuo nustatytos doktrinos, o šie standartai taip pat

[1] Žr. Wellington and Albert, „Statutory Interpretation and the Political Process: A Comment on Sinclair v. Atkinson", 72 Yale L. J. 1547 (1963).

daugiausia yra principai. Jie apima įstatymo leidėjo viršenybės doktriną, kompleksą principų, kurie iš teismų reikalauja deramos pagarbos įstatymų leidėjui. Taip pat jie apima precedento doktriną, kitą kompleksą principų, įtvirtinančių nuoseklumo laidavimo nešališkumą ir veiksmingumą. Įstatymo leidėjo viršenybės bei precedento doktrinos siekia išlaikyti *status quo*, kiekviena savo sferoje, bet jos nediktuoja *status quo*. Tačiau teisėjai nėra laisvi pasirinkti iš principų ir politinių nuostatų, kurie sudaro minėtas doktrinas, – jeigu jie turėtų tokią laisvę, apie jokią normą negalima būtų pasakyti, kad ji yra saistanti.

Todėl verta susimąstyti apie tai, ką reiškia pasakymas, kad tam tikra norma yra saistanti. Tai gali reikšti, kad norma remiasi principais, kurių negali nepaisyti teismas ir kurie, kartu paėmus, yra svaresni negu kiti principai, pagrindžiantys pakeitimą. Jei ne, tuomet turima galvoje, jog bet koks keitimas esąs smerktinas konservatyvių įstatymo leidėjo viršenybės ir precedento principų kombinacijos pagrindu, principų, kurių teismas negali ignoruoti. Labai dažnai turimos galvoje abi šios prasmės, nes konservatyvūs principai yra principai, o ne normos, taigi paprastai jie nėra pakankamai galingi, kad išgelbėtų bendrosios teisės normą arba pasenusį įstatymą, visiškai neparemtą substantyviais principais, kuriuos privalo gerbti teismas. Žinoma, abi šios implikacijos principų ir politinių nuostatų korpusą traktuoja kaip teisę ta prasme, kuria normos yra teisė; abi principus ir nuostatas traktuoja kaip standartus, kurie saisto bendruomenės pareigūnus kaip jų sprendimų dėl juridinės teisės ir prievolės kontrolė.

Ši problema tebelaukia sprendimo. Jeigu pozityvistų teisėjų diskrecijos teorija yra triviali, kadangi „diskrecijos" sąvoką joje vartojama negriežtąja prasme, arba neturi tvirto pagrindo, nes tie įvairūs argumentai, kuriuos galima pateikti jai apginti, nepasiteisina, kodėl tiek daug rūpestingų ir protingų teisininkų ją priėmė? Kol nesame pasirengę atsakyti į šį klausimą, mūsų pozicija dėl šios teorijos negali būti tvirta. Negana pažymėti (nors tai galbūt šį tą paaiškina), kad diskrecija turi skirtingas prasmes, kurias galima supainioti. Tų prasmių nepainiojame, kai nemąstome apie teisę.

Į tą klausimą bent iš dalies galima atsakyti, nurodant natūralų tei-

sininko polinkį įstatymus asocijuoti su normomis ir apie „teisę" mąstyti kaip apie normų visumą ar sistemą. Roscoe Poundas, kadų kadais diagnozavęs šią tendenciją, manė, jog anglakalbiai teisininkai pasidavė šiam polinkiui dėl to, kad anglų kalboje teisę ir įstatymą reiškia vienas ir tas pats žodis, vartojamas su skirtingu artikeliu: *„a law"* (įstatymas) ir *„the law"* (teisė)[1]. (Kitos kalbos, priešingai, vartoja du žodžius: pavyzdžiui, *„loi"* ir *„droit"*, *„Gesetz"* ir *„Recht"*.) Tai iš tiesų galėjo turėti įtakos anglakalbiams pozityvistams, nes pasakymas *„a law"* (įstatymas), be abejo, suponuoja normą. Tačiau principinė teisės asocijavimo su normomis priežastis glūdi giliau: manyčiau, ji sietina su tuo faktu, jog teisinę edukaciją ilgą laiką sudarė dėstymas ir tyrimas tų įtvirtintų normų, kurios sudaro teisės branduolį.

Kad ir kaip ten būtų, jeigu teisininkas mąsto apie teisę kaip apie normų sistemą ir vis dėlto pripažįsta (nes negali nepripažinti), kad teisėjai keičia senas normas ir inicijuoja naujas, jis natūraliai prieis prie teisėjų diskrecijos griežtąja prasme teorijos. Kitose normų sistemose, su kuriomis jis yra susidūręs (tokiose kaip žaidimas), normos yra vienintelis specialus autoritetas, reguliuojantis oficialius sprendimus, todėl jei žaidimo teisėjas galėtų keisti normą, jis turėtų diskreciją tos normos objekto atžvilgiu. Visokie principai, kuriuos galėtų nurodyti žaidimo teisėjai, keisdami normas, reprezentuotų tik jiems „būdingas" preferencijas. Pozityvistai teisę traktuoja kaip tokiu būdu reformuojamą beisbolą.

Esama kitos, subtilesnės šios pradinės prielaidos, kad teisė yra normų sistema, implikacijos. Kai pozityvistai kreipia dėmesį į principus ir politines nuostatas, jie juos traktuoja kaip nerealizuotas normas *(rulles manquées)*. Jie remiasi prielaida, jog *jeigu* jie yra teisės standartai, jie turi būti normos, ir tada jie supranta juos kaip standartus, kurie pretenduoja būti normomis. Kai pozityvistas girdi argumentuojant, kad teisės principai yra teisės dalis, jis tai supranta kaip patvirtinimą to, ką jis vadina „aukštesnės teisės" teorija, pagal kurią šie principai yra teisės normos, reguliuojančios pačią teisę[2]. Jis atmeta šią teoriją,

[1] R. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* 56 (rev. ed. 1954).

[2] Žr., pvz., Dickinson, „The Law Behind Law (pts. 1 & 2)", 29, *Columbia Law Review* 112, 254 (1929).

nurodydamas, jog šiomis „normomis" kartais vadovaujamasi, kartais – ne ir kad kiekviena „norma", tokia kaip ta, pagal kurią „joks žmogus negali turėti naudos iš savo blogo elgesio", turi savo konkurentę – kitą „normą", tokią kaip ta, pagal kurią „teisė teikia pirmenybę nuosavybės apsaugai", ir kad nėra jokio būdo testuoti tokių, kaip šios, „normų" teisėtumą. Jis daro išvadą, jog šie principai ir politinės nuostatos nėra teisės virš teisės teisėtos normos, ir tai tiesa, nes jos apskritai nėra normos. Jis taip pat daro išvadą, kad šie principai ir politinės nuostatos yra ekstrateisiniai standartai, kuriuos kiekvienas teisėjas parenka pagal savo gebėjimą įgyvendinti jam suteiktą diskreciją, o tai klaidinga išvada. Tai nelyginant zoologo argumentas, kad žuvys nėra žinduoliai, lydimas išvados, kad jos iš tikrųjų tėra augalai.

6. PRIPAŽINIMO TAISYKLĖ

Šią diskusiją išprovokavo dvi mūsų nurodytos konkuruojančios teisės principų traktuotės. Mes nagrinėjome antrąją, kurią savo teisėjų diskrecijos doktrina atrodo diegią pozityvistai, ir susidūrėme su rimtais sunkumais. Laikas grįžti į takoskyros tašką. Kas pasikeičia, jeigu taikome pirmąjį požiūrį? Kaip tai paveiktų skeletinę pozityvizmo struktūrą? Aišku, turėtume atmesti antrąją nuostatą, teisėjų diskrecijos doktriną (arba, kitu atveju, suprasti tą doktriną kaip teigiančią tik tai, jog teisėjai dažnai turi realizuoti savo sprendimo galią). Ar turėtume atmesti arba modifikuoti ir pirmąją nuostatą, tvirtinimą, kad teisė yra skiriama ypatingu testu, kurį galima pateikti vyriausiosios taisyklės forma, tokios kaip profesoriaus Harto pripažinimo taisyklė? Jeigu Riggso ir Henningseno atvejais taikyti principai yra priskirtini teisei, ir vis dėlto turime išlaikyti vyriausiosios teisės taisyklės sąvoką, tuomet turime sugebėti taikyti tam tikrą testą, kurį atitiktų visi teise laikytini principai (ir tik jie). Pradėkime nuo testo, kurį Hartas siūlo kaip testą teisėtoms teisės *normoms* identifikuoti, kad įsitikintume, ar taip pat galima identifikuoti ir principus.

Pasak Harto, dauguma teisės normų yra teisėtos dėl to, kad jas išleido tam tikra kompetentinga institucija. Kai kurias įstatyminių aktų for-

ma sukūrė įstatymų leidėjas. Kitas sukūrė teisėjai, kurie jas suformulavo, spręsdami konkrečias bylas, ir taip įtvirtino jas kaip precedentus ateičiai. Tačiau šis kilmės testas netiks *Riggs* ir *Henningsen* bylų principams. Šių, kaip teisės principų, kilmė – ne tam tikras kokio nors įstatymų leidėjo ar teismo sprendimas, o deramumo jausmas, per ilgą laiką išugdytas profesijoje ir visuomenėje. Jų galiojimas priklauso nuo šio deramumo jausmo stabilumo. Jeigu nebeatrodytų teisinga neleisti žmonėms turėti naudos iš savo blogo elgesio arba nebeatrodytų teisinga saistyti specialiais įpareigojimais oligopolijas, gaminančias potencialiai pavojingas mašinas, šie principai nebevaidintų ypatingo vaidmens naujose bylose, net jei jie niekuomet nebūtų atšaukti ar anuliuoti. (Iš tiesų vargu ar prasminga kalbėti apie tokių kaip šie principų „atšaukimą" ar „panaikinimą". Nusilpę jie sunyksta, o ne sunaikinami.)

Žinoma, jei aplinkybės pareikalautų iš mūsų pagrįsti savo teiginį, kad tam tikras principas yra teisės principas, mes suminėtume visas ankstesnes bylas, kada tuo principu buvo remiamasi arba kur juo buvo pasinaudota argumentuojant. Taip pat paminėtume visus įstatymus, kurie atrodo iliustruoja tą principą (dar geriau, jei principas būtų nurodytas įstatymo preambulėje arba komiteto ataskaitose, arba kituose jį lydinčiuose legislatyviniuose dokumentuose). Be tokios institucinės atramos veikiausiai negalėtume pagrįsti savo argumentų, o juo daugiau tokių atramų randame, juo didesnį svarumą galime suteikti mūsų ginamam principui.

Tačiau jokia paprasta formulė nepadės nustatyti, kiek tokių institucinių atramų reikia ir kokios rūšies jos turi būti, norint principą paversti teisės principu, ir juolab nustatyti jo svarumą pagal tam tikrą dydžių sistemą. Už tam tikrą principą argumentuojame dorodamiesi su ištisa gausybe permainingų, besivystančių ir sąveikaujančių standartų (kurie patys yra labiau principai, o ne normos), reglamentuojančių institucinę atsakomybę, įstatymų aiškinimą, įvairios rūšies precedentų įtikinamąją jėgą, viso to santykį su egzistuojančiomis moralinėmis praktikomis bei daugybe kitų panašių standartų. Negalime visų šių dalykų įsprausti į vieną „normos" klasę, kad ir kokią sudėtingą, o jeigu ir galėtume, rezultatas turėtų mažai ką bendra su Harto pripaži-

nimo taisyklės įsivaizdavimu, kuriame piešiama gana stabili vyriausioji taisyklė, specifikuojanti „bruožą ar bruožus, kurių turėjimas laikomas pakankamu teigiamu požymiu, įrodančiu kad tai norma [...]"[1].

Be to, technikos, kurias taikome pagrįsti alternatyviam principui, skirtingai nei Harto pripažinimo taisyklė, nėra visiškai kito lygmens dalykas nei patys jų ginami principai. Griežtas Harto akceptavimo ir teisėtumo atskyrimas čia negalioja. Jeigu pasisakome už principą, jog niekas neturėtų turėti naudos iš savo blogo elgesio, galime remtis teismų ir įstatymų leidėjo aktais, kurie jį iliustruoja, tačiau tai argumentas, įrodantis tiek principo akceptavimą, tiek ir jo teisėtumą. (Kalbos apie principo teisėtumą apskritai skamba keistokai galbūt dėl to, kad teisėtumas yra „viskas arba nieko" tipo sąvoka, tinkama normoms, tačiau nederanti su principui būdinga svarumo plotme.) Jeigu mūsų paprašytų (visiškai tikėtinas dalykas) apginti mūsų toje argumentacijoje naudojamą precedento doktriną arba įstatymų interpretavimo techniką, turėtume remtis kitų tos doktrinos ar technikos naudojimo praktika. Tačiau taip pat turėtume remtis kitais bendraisiais principais, kurie, mūsų manymu, remia tą praktiką, ir dėl to akceptavimo harmonija įgaus teisėtumo skambesį. Pavyzdžiui, galėtume argumentuoti, kad mūsų ankstesnių bylų ir įstatymų panaudojimo praktika remiasi tam tikra įstatymų leidybos praktikos analize arba precedento doktrina, arba demokratijos teorijos principais, arba tam tikra pozicija tinkamo valdžios padalijimo tarp centrinės valdžios ir vietinių institucijų klausimu, ar panašaus pobūdžio šaltiniais. Toks argumentavimo būdas nėra be išimčių, siekiant pateisinti kažkokį galutinį principą, pagrįstą vien tik akceptavimu. Mūsų įstatymų leidybos, precedento, demokratijos ar federalizmo principai taip pat gali sulaukti iššūkių; o kai jie pajudinami, mes turime argumentuoti jų naudai, – ne tik apeliuodami į praktiką, bet ir į jų savitarpio sąveiką bei teisėjų ir įstatymų leidėjų sprendimų tendencijas, net jei pastarasis argumentas turėtų apeliuoti į tas pačias interpretacijos doktrinas, kurias pateisinome remdamiesi principais, – juos dabar mė-

[1] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 92 (1961).

giname patvirtinti. Kitaip tariant, šiame abstrakcijos lygmenyje principai veikiau remiasi vienas kitu nei tiesiog yra kartu *(link together)*.

Taigi nors principai atramą randa oficialiuose teisinių institucijų aktuose, jų sąsaja su tais aktais nėra tokia paprasta ar tokia tiesioginė, kad ją būtų galima suformuluoti kaip kriterijus, specifikuojamus kokios nors galutinės vyriausiosios pripažinimo taisyklės. Ar esama kokio kito kelio, kuris leistų principus subordinuoti tokiai taisyklei?

Hartas sako, kad vyriausioji taisyklė kaip teisę gali nurodyti ne tik tam tikrų teisinių institucijų nustatytas normas, bet taip pat normas, įtvirtintas *papročio*. Jis turi galvoje problemą, kuri nedavė ramybės kitiems pozityvistams, įskaitant Austiną. Daugelis mūsų pačių seniausių teisės normų niekuomet nebuvo eksplicitiškai sukurtos įstatymo leidėjo ar teismo. Kai jos pirmą kartą pasirodė teisėjų nuomonėse ir tekstuose, jos buvo traktuojamos kaip jau sudarančios teisės dalį, nes reprezentavo bendruomenės ar tam tikros jos dalies, tokios kaip verslininkų, paprotinę praktiką. (Paprastai pateikiami pavyzdžiai yra komercinės veiklos normos, kaip antai normos, nustatančios, kokios teisės kyla iš standartinės formos komercinės sutarties[1].) Kadangi Austinas manė, kad visa teisė yra tam tikro suvereno komanda, jis laikė, kad šios paprotinės praktikos nėra teisė tol, kol teismai (kaip suvereno agentai) nėra jų pripažinę, ir kad teismai pasiduoda fikcijai, tardami kitaip. Tačiau tokia nuomonė atrodė arbitrali. Jeigu kiekvienas galvotų, kad paprotys pats savaime gali būti teisė, tai, kad Austino teorija sako priešingai, nieko neįtikintų.

Hartas apvertė šį Austino argumentą. Jis sako, kad vyriausioji taisyklė gali nurodyti kokį nors paprotį laikyti teise net iki teismų pripažinimo. Tačiau jis nekreipia dėmesio į sunkumą, kuris čia kyla jo bendrajai teorijai: jis nemėgina nustatyti kriterijų, kuriuos šiam tikslui gali naudoti vyriausioji taisyklė. Ji negali kaip vienintelį krite-

---

[1] Žr. Note, „Custom and Trade Usage: Its Application to Commercial Dealings and the Common Law", 55 *Columbia Law Review* 1192 (1955), bei šaltinius, nurodomus p. 1193, 1 išn. Iš tos išnašos aišku, kad esama prekybos papročių pripažinimo teismuose praktika vadovaujasi bendrųjų principų ir politinių nuostatų komplekso taikymo modeliu, o ne testu, suvokiamu kaip pripažinimo taisyklės dalis.

rijų naudoti nuostatą, jog bendruomenė turi laikyti praktiką *moraliai* saistančia, nes taip ji ignoruotų skirtumą tarp teisės paprotinių normų ir moralinių paprotinių normų ir tą akivaizdų faktą, jog ne visos bendruomenės ilgalaikės paprotinės moralinės prievolės yra įtvirtinamos teisėje. Kita vertus, jeigu testas yra klausimas, ar bendruomenė laiko paprotinę praktiką *teisiškai* saistančia, žlunga pats vyriausiosios taisyklės sumanymas, bent jau šios teisės normų klasės atžvilgiu. Vyriausioji taisyklė, pasak Harto, žymi primityvios visuomenės transformaciją į tokią, kuri turi teisę, nes vyriausioji taisyklė socialinėms teisės normoms nustatyti teikia testą, kuris remiasi ne jų akceptavimo vertinimu. Tačiau jei vyriausioji taisyklė sako tik tai, kad ir kitos normos, kurias bendruomenė akceptuoja kaip teisiškai saistančias, yra teisiškai saistančios, tuomet ji apskritai neteikia jokio kitokio testo, išskyrus tą, kurį mes turėtume naudoti, jei nebūtų vyriausiosios taisyklės. Vyriausioji taisyklė (šiais atvejais) nustoja būti pripažinimo taisykle *(non-rule);* visai tiktų sakyti, kad kiekviena primityvi visuomenė turi antrinę pripažinimo taisyklę, būtent – normą, jog visa, kas akceptuojama kaip saistanti norma, yra saistanti norma. Pats Hartas, svarstydamas tarptautinę teisę, šaiposi iš idėjos, kad tokia taisyklė gali būti pripažinimo taisyklė, apibūdindamas siūlomą taisyklę kaip „tuščią kartojimą to paprasto fakto, jog konkreti visuomenė [...] laikosi tam tikrų elgesio standartų kaip privalomų normų“[1].

Iš tikrųjų Harto papročio traktuotę galima suprastinti į pripažinimą, kad bent kai kurios teisės normos yra saistančios ne dėl to,

---

[1] H. L. Hart, *The Concept of Law, 230 (1961).* Vyriausioji taisyklė gali specifikuoti tam tikrą konkretų papročio bruožą, kuris nepriklauso nuo bendruomenės laikysenos; pavyzdžiui, ji gali numatyti, kad visi labai seni papročiai arba visi papročiai, susiję su pereinamaisiais instrumentais, laikomi teise. Tačiau aš neprisimenu tokių bruožų, iš tikrųjų skiriančių papročius, kurie būtų buvę pripažinti teise Anglijoje ar Amerikoje. Kai kurie papročiai, kurių negalima teisiškai pripažinti *(enforcable),* yra senesni už tuos, kuriuos galima; kai kurios praktikos, susijusios su komerciniais dokumentais, yra pripažįstamos, bet kitos – ne ir taip toliau. Šiaip ar taip, net jeigu būtų surastas skiriamasis bruožas, kuris identifikuotų visas teisės normas, įtvirtintas papročio, vis viena būtų mažai tikėtina, kad galima rasti tokį patį bruožą principų atveju, kurie labai skiriasi savo turiniu bei kilme ir iš kurių kai kurie yra atsiradę visai neseniai.

kad jos yra teisėtos pagal standartus, nustatomus vyriausiosios taisyklės, bet dėl to, kad jos yra akceptuotos bendruomenės kaip saistančios – kaip ir pati vyriausioji taisyklė. Tai sudarko glotnią piramidinę Harto teorijos architektūrą, kuria gėrėjomės: jau nebegalime sakyti, kad tik vyriausioji taisyklė yra saistanti dėl jos akceptavimo, o visos kitos normos yra teisėtos tik jei atitinka jos diktuojamas sąlygas.

Galbūt tai tik smulkmena, mat paprotinės normos, kurias Hartas turi galvoje, nebėra itin reikšminga teisės dalis. Tačiau tikėtina, kad Hartas vengtų po „papročio" antrašte sudėti visus tuos esminius principus ir politines nuostatas, kuriuos aptarėme, nes tai jam būtų nenaudinga. Jeigu jis juos vadintų teisės dalimi ir vis dėlto tvirtintų, kad vienintelis jų galios testas sietinas su tuo, kokiu mastu jas, kaip teisę, akceptuoja bendruomenė ar kuri nors jos dalis, jis labai smarkiai susiaurintų tą teisės sritį, kurioje jo vyriausioji taisyklė viešpatauja. Problema ne tiek ta, kad visi principai ir politinės nuostatos išvengtų jos jurisdikcijos, nors tai būtų savaime pakankamai blogai. Jei principai ir politinės nuostatos akceptuojami kaip teisė, taigi kaip standartai, kuriais turi vadovautis teisėjai nustatydami juridines prievoles, pripažįstama, kad normų, tokių kaip tos, kurios pirmą kartą buvo paskelbtos *Riggs* ir *Henningsen* bylose, galia bent jau iš dalies kyla iš principų ir politinių nuostatų autoriteto, taigi ne vien iš vyriausiosios pripažinimo taisyklės.

Taigi Harto pozityvizmo versijos negalime adaptuoti, modifikuodami jo pripažinimo taisyklę taip, kad apimtume principus. Negalime suformuluoti jokių kilmės testų, kurie principus susietų su įstatyminiais aktais, taip pat negalime pasinaudoti jo paprotinės teisės sąvoka, – kuri pati kuria pirmosios pozityvizmo nuostatos išimtį, – kol visiškai neatsisakome pačios pirmosios nuostatos. Tačiau dera apsvarstyti dar vieną galimybę. Jei ir negalima jokia pripažinimo taisyklė kaip principų identifikavimo testas, kas mums neleidžia sakyti, kad patys principai yra galutiniai ir *sudaro* mūsų teisės pripažinimo taisyklę? Tuomet atsakymas į bendrąjį klausimą „Kas yra teisėta teisė Amerikos jurisdikcijoje?" pareikalaus iš mūsų išvardyti visus principus (taip pat aukščiausias konstitucines normas), kurios tuo momentu

galioja toje jurisdikcijoje, kartu deramai priskiriant svarumą. Pozityvistas tuomet gali traktuoti visą šių standartų kompleksą kaip jurisdikcijos pripažinimo taisyklę. Šis sprendimas patrauklus savo paradoksalumu, tačiau tai, be abejo, – besąlygiškas pasidavimas. Jeigu mes savo pripažinimo taisyklę įvardijame fraze „išsamus galiojančių principų rinkinys", gauname tik tautologiją, kad teisė yra teisė. O jeigu vietoj to pamėgintume iš tikrųjų išvardyti visus galiojančius principus, mums nieko neišeitų. Jie yra kontroversiški, svarumas yra jų svarbiausia dimensija, jų yra nesuskaičiuojamai daug ir jie taip greitai keičiasi bei mainosi, kad mūsų sąrašo pradžia pasentų dar mums jo nė neįpusėjus. Net jei mums pasisektų, mes vis vien neįgytume rakto į teisę, nes mūsų raktui neliktų ką rakinti.

Iš to sektų išvada, jog principus laikydami teise, turime atsisakyti pirmosios pozityvistų nuostatos, kad bendruomenės teisė yra atskiriama nuo kitų socialinių standartų tam tikru testu, turinčiu vyriausiosios taisyklės formą. Jau anksčiau nusprendėme, kad tuomet turime atsisakyti antrosios nuostatos – teisėjų diskrecijos doktrinos – arba aiškinti ją iki trivialybės. Ką galima pasakyti apie trečiąją nuostatą, pozityvistų juridinės prievolės teoriją?

Ši teorija tvirtina, kad juridinė prievolė egzistuoja tuomet (ir tik tuomet), kai tokią prievolę nustato esama teisės norma. Iš to išeina, kad sunkiosios bylos atveju, kai jokia nustatyta norma negalime pasiremti, juridinės prievolės nėra, kol teisėjas nesukuria naujos normos ateičiai. Teisėjas gali taikyti tą naują normą bylos šalims, tačiau tai yra *ex post facto* teisėkūra, o ne egzistuojančios prievolės įgyvendinimas.

Pozityvistų diskrecijos (griežtąja prasme) doktrina reikalauja būtent tokio požiūrio į juridinę prievolę, nes jei teisėjas turi diskreciją, negali būti jokios juridinės teisės ar prievolės, kurią jis privalo įgyvendinti, – taigi jokios teisės tai daryti. Tačiau jei mes atsisakome šios doktrinos ir principus laikome teise, – iškeliame galimybę, kad juridinė prievolė gali kilti iš principų konsteliacijos lygiai taip pat, kaip ji gali kilti iš nustatytos normos. Galima būtų pasakyti, jog juridinė prievolė kyla visuomet, kai tokią prievolę teigiantis argumen-

tas, kalbantis apie įvairių tipų saistančius teisės principus, yra tvirtesnis už argumentą prieš.

Žinoma, kad galėtume priimti tokį požiūrį į juridinę prievolę, tektų atsakyti į daugelį klausimų. Jeigu nėra pripažinimo taisyklės, teisės testo minėtąja prasme, kaip mes galime nuspręsti, į kuriuos principus reikia atsižvelgti, konstruojant tokį bylos argumentą, ir kokiu mastu? Kaip mes galime nuspręsti, kad viena byla išspręsta geriau negu kita? Jeigu juridinė prievolė grindžiama tokio pobūdžio neįrodomu sprendimu, kaip ji gali pateisinti teisėjo sprendimą, kad viena iš šalių turi juridinę prievolę? Ar šis požiūris į prievolę dera su tuo, kaip kalba teisininkai, teisėjai ir paprasti žmonės, ir ar jis dera su mūsų požiūriu į moralinę prievolę? Ar ši analizė gali padėti įveikti klasikinius jurisprudencijos galvosūkius dėl teisės prigimties?

Šių klausimų privalu imtis, tačiau net šie klausimai žada daugiau, negu siūlo pozityvizmas. Pozityvizmas, laikomės jo tezės, yra neefektyvus būtent tų klampių, sunkių bylų akivaizdoje, kurios skatina mus žvalgytis teisės teorijų. Kai skaitome šias bylas, pozityvistas kreipia mus prie diskrecijos doktrinos, kuri veda į niekur ir nieko nesako. Jo teisės kaip normų sistemos vaizdinys ilgą laiką valdė mūsų vaizduotę galbūt dėl savo paprastumo. Jeigu pasiryžtume išsklaidyti šio normų modelio kerus, galbūt mums pavyktų sukurti modelį, kuris būtų adekvatesnis mūsų pačių praktikų sudėtingumui ir rafinuotumui.

3. II normų modelis

2-ame skyriuje argumentavau, kad centrinės teisės teorijos nuostatos, kurias vadinau pozityvizmu, yra klaidingos ir jų reikia atsisakyti[1]. Konkrečiai, aš argumentavau, kad klaidinga manyti, kaip daro ta teorija, kad kiekvienoje teisinėje sistemoje yra koks nors visuotinai pripažįstamas fundamentinis testas, leidžiantis nustatyti, kurie standartai laikytini teise, o kurie – ne. Aš sakiau, kad toks testas neįmanomas sudėtingose teisinėse sistemose, tokiose kaip Jungtinių Valstijų ir Didžiosios Britanijos, ir kad šių šalių atveju neįmanoma išvesti galutinę perskyrą tarp teisės ir moralės standartų, kad ir kaip atkakliai to reikalauja pozityvizmas.

Čia galiu glaustai pakartoti savo argumentaciją. Aš sakiau, kad tezė, jog egzistuoja visuotinai pripažįstamas teisės testas, yra įtikinama, jeigu mes stebime tik paprastas teisės normas – tokias, kokios pateikiamos įstatymuose arba spausdinamos vadovėliuose pusjuodžiu šriftu. Tačiau teisininkai ir teisėjai, argumentuodami ir spręsdami bylas, apeliuoja ne tik į tokias juodu ant balto parašytas normas, bet taip pat ir į kitokius standartus, – juos aš vadinau teisės principais: tai tokie principai, kaip, pavyzdžiui, principas, kad niekas negali turėti naudos iš savo blogo elgesio. Šio fakto akivaizdoje pozityvistui tenka sunkus pasirinkimas. Jis gali mėginti parodyti, jog teisėjai, apeliuodami į šios rūšies principus, tiesiog realizuoja savo diskreciją, o ne nurodo teisės standartus. Arba jis gali mėginti parodyti, kad, priešingai mano abejonėms, koks nors visuotinai pripažįstamas testas visuomet identifikuoja principus, kuriuos teisėjai laiko

[1] Žr. p. 40.

teise, ir atskiria juos nuo tų principų, kurių jie nepriskiria teisei. Aš argumentavau, kad nė viena iš šių strategijų negali būti sėkminga.

Kai kurie teisininkai parodė man pagarbą, atsiliepdami į mano argumentą; dr. Razo straipsnis yra išskirtinas pavyzdys[1]. Pagrindiniai prieštaravimai, čia išsakomi mano argumentacijai, kiek suprantu, yra šie. (i) Sakoma, kad nėra akivaizdu, jog mano tezė iš tikrųjų yra kažkas daugiau nei pozityvistų doktrinos pataisa. Jeigu atidžiai skaitome profesoriaus H. L. A. Harto veikalus, kuriuos aš laikiau aiškiausiu pozityvistinės teorijos pavyzdžiu, galime matyti, kad jo teorija yra pajėgi apimti mano išvadas, tik su viena nedidele išlyga[2]. (ii) Sakoma, kad mano paties argumentacija yra nenuosekli štai kokiu atžvilgiu: mano argumentas prieš diskrecijos teoriją daro prielaidą, kad iš tikrųjų kai kurie principai yra priskirtini teisei, o kai kurie – ne, tačiau jeigu taip yra iš tiesų, tuomet turi egzistuoti būtent toks teisės testas, kokio egzistavimą aš neigiu[3]. (iii) Negana to, mano pateikiami argumentai siūlo pastarojo testo formą. Aš sakiau, kad teisėjai identifikuoja principus bent iš dalies remdamiesi nuoroda į vaidmenį, kurį tie principai vaidino ankstesnėje teisinėje argumentacijoje, ir šis testas, kurį aš pavadinau „institucinės struktūros" testu[4], gali būti galutinis principų testas, kurį teigiu neegzistuojant. (iv) Mano argumentas, kad teisėjai neturi diskrecijos principų klausimu, ignoruoja faktą, jog teisėjai kartais gali būti *verčiami* naudotis diskre-

[1] Raz, „Legal Principles and the Limits of Law", 81 Yale L. J. 823 (1972). Taip pat žr. G. Carrio, *Legal Principles and Legal Positivism* (1971); Christie, „The Model of Principles", 1968, *Duke L. J.* 649; Gross, „Jurisprudence", 1968/69 *Annual Survey of Am. L.* 575; Probert, „The Right Way", *Human Rights* 163 (E. Pollack ed. 1971); Sartorius, „Social Policy and Judicial Legislation", 8 *Am. Phil.* Q. 151 (1971); Tapper, „A Note on Principles", 1971 *Modern L. Rev.* 628. Plg. anksčiau parašytą straipsnį: Mac-Callum, „Dworkin on Judicial Discretion", 60 *J. Phil.* 638 (1963). Aš neketinau atsakyti į visus argumentus ir klausimus, pateikiamus šiuose straipsniuose, net neketinau jų visų suminėti. Diskusijai atrinkau dažniausiai keltus priekaištus arba tuos, kuriuos mano esant įtikinamiausius studentai.

[2] Žr., pvz., Carrio, 22.

[3] Sartorius, 155.

[4] Ten pat, 156.

cija dėl to, kad nėra aišku, kurie principai laikytini teise ir kodėl[1]. (v) Perskyra tarp normų ir principų, nuo kurios atrodo priklausąs mano argumentas, iš tikrųjų yra neįmanoma[2].

Galima įsivaizduoti ir kitokį prieštaravimą, bet į jį čia nemėginsiu atsakyti. Neturiu atsakymo į argumentą, jog terminas „teisė" gali būti vartojamas taip, kad pozityvistų tezės teisingumas priklausytų nuo sąlygos įgyvendinimo. Kitaip tariant, – jog jis kalbėtojo gali būti vartojamas taip, kad „teisės" standartais jis pripažintų tik tuos teisėjų ir teisininkų nurodomus standartus, kurie yra faktiškai pripažinti kokiu nors visuotinai pripažįstamu testu. Be abejo, „teisės" sąvoką galima vartoti tokiu būdu, ir galbūt kai kurie teisininkai taip ir daro. Tačiau man rūpėjo tai, ką aš laikau esant argumentu apie šiandien plačiai vartojamą teisės sampratą, kuri, mano supratimu, suponuoja standartus, numatančius teises ir pareigas, kurias valdžia yra įpareigota bent jau iš principo pripažinti ir įgyvendinti per įprastąsias teismų ir policijos institucijas. Mano argumentas buvo tas, kad pozityvizmas su savo fundamentinio ir visuotinai pripažįstamo teisės testo doktrina šios sampratos apimamos srities dalį klaidingai laiko visuma.

Tačiau prieš pradėdamas nagrinėti tuos specifinius prieštaravimus, kuriuos išvardijau, noriu apsvarstyti vieną labai bendrą prieštaravimą, kurio nepaminėjau, tačiau šis, mano manymu, – dėl priežasčių, kurios paaiškės, – grindžia tuos prieštaravimus, kuriuos išvardijau. Šis bendras prieštaravimas priklauso nuo tezės, kurią Hartas gynė *Teisės sampratoje*[3], tezės, kuri priskirtina tiek moralės, tiek teisės filosofijai. Savo griežčiausia forma ji argumentuoja, kad jokios teisės ar pareigos negali egzistuoti be vieningos socialinės tų teisių ir pareigų pripažinimo praktikos. Jeigu taip yra iš tiesų ir jeigu teisė, kaip aš teigiu, yra teisių ir pareigų, o ne paprasčiausiai pareigūnų diskrecijos dalykas, tuomet turi būti visuotinai pripažintas teisės testas vieningos socialinės praktikos forma, ir mano argumentas turi būti neteisingas.

---

[1] Raz, 843 toliau, Carrio, 27; Christie 669; MacCallum, ten pat.

[2] Raz, 834–854, Christie, 656 tt.

[3] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 79–88 (1961)

Šios esė pirmame skirsnyje aš paplėtosiu šią stiprią tezę, kreipdamas ypatingą dėmesį į teisėjų pareigą taikyti tam tikrus standartus kaip teisę. Po to argumentuosiu, kad šios tezės turime atsisakyti. Paskutiniuose skirsniuose tam tikrais momentais grįšiu prie savo pradinių argumentų, kad parodyčiau, kaip jie priklauso nuo šio atsisakymo.

1. SOCIALINĖS NORMOS

Pradžioje noriu atkreipti dėmesį į svarbią perskyrą tarp dviejų iš tų keleto tipų sąvokų, kurias vartojame, kai svarstome savo ir kitų žmonių elgesį. Kartais sakome, kad apskritai, atsižvelgiant į visas aplinkybes, asmuo „turėtų" *(ought)* ką nors daryti arba „neturėtų" ko nors daryti. Kitais atvejais sakome, kad kas nors turi „prievolę" arba jo „pareiga" yra ką nors daryti arba kad jis neturi „teisės" to daryti. Tai skirtingos sprendinių rūšys: pavyzdžiui, vienas dalykas yra tiesiog pasakyti, kad kas nors turėtų *(ought)* prisidėti prie konkrečios labdaros, ir visai kas kita sakyti, kad jo pareiga taip daryti; vienas dalykas sakyti, kad jis neturėtų vartoti alkoholio ar rūkyti marihuaną ir visai kitas – sakyti, kad jis neturi teisės to daryti. Kur kas lengviau suvokti pirmuosius atvejus, kai turime būti pasirengę padaryti pirmojo tipo teiginį, nei antruosius.

Be to, tam tikrais atvejais šis tas gali priklausyti ir nuo to, kuris iš teiginių mums atrodo tinkamas. Sprendimai dėl pareigos apskritai yra kur kas stipresni negu sprendimai dėl to, ką kas nors turėtų daryti. Mes galime reikalauti paklusti prievolei arba pareigai ir kartais siūlome sankciją už nepaklusimą, tačiau nei reikalavimai, nei sankcijos netinka, kai paprasčiausiai sprendžiamas klausimas, ką apskritai turėtume *(ought)* daryti. Todėl klausimas, kada prievolės arba pareigos teiginiai yra tinkami kaip kažkas skirtinga nuo bendrų teiginių apie elgesį, yra svarbus moralės filosofijos klausimas, tačiau jis yra gana apleistas.

Teisė nėra tiesiog teiginiai apie tai, ką privatūs piliečiai turėtų arba ko jie neturėtų daryti; ji numato, ką daryti jie turi pareigą ar ko daryti jie neturi teisės. Teisė taip pat nėra patarimų teisėjams ir ki-

tiems pareigūnams rinkinys, patariantis, kokius sprendimus jie turi priimti; ji numato jų pareigą pripažinti ir įgyvendinti tam tikrus standartus. Galimas dalykas, kad kai kuriais atvejais teisėjas nėra saistomas pareigos nuspręsti tik vienaip arba tik kitaip; tokios rūšies byloje turime pasitenkinti pasakydami, ką jis turėtų daryti. Tai, mano supratimu, ir turima galvoje, kai sakoma, kad tokiu atveju teisėjas turi „diskreciją". Tačiau kiekvienas teisės filosofas, išskyrus pačius kraštutiniausius iš amerikiečių teisės realistų, yra leidęs suprasti, kad bent jau kai kuriais atvejais teisėjas turi pareigą spręsti tik tam tikru būdu – dėl akivaizdžios priežasties: nes to sprendimo reikalauja teisė.

Tačiau siekdama paaiškinti tokią teisėjo pareigą, teisės teorija sprendžia be galo sunkią problemą. Antai tarkime, kad įstatymas numato, jog, nesant testamento, žmogaus turtas atitenka jo artimiausiam giminaičiui. Teisininkai sakys, kad teisėjo pareiga yra duoti nurodymą paskirstyti turtą remiantis šiuo įstatymu. Tačiau kas teisėją susaisto tokia pareiga? Galime būti linkę sakyti, kad teisėjus „saisto" bendroji norma, reikalaujanti daryti tai, ką nurodo įstatymų leidėjas, tačiau nėra aišku, kokia tos normos kilmė. Negalime pasakyti, kad įstatymų leidėjas pats yra šaltinis normos, pagal kurią teisėjai turi daryti tai, ką jis sako, nes toks paaiškinimas suponuoja normą, kurią mes mėginame išaiškinti. Galbūt mes galime rasti pamatinį teisės dokumentą, tokį kaip konstitucija, kuris eksplicitiškai arba implicitiškai sako, kad teisėjai privalo paklusti *(follow)* įstatymų leidėjui. Tačiau kas susaisto teisėjus pareiga paklusti konstitucijai? Negalime pasakyti, kad konstitucija nustato tokią pareigą, jei nenorime vėl grįžti prie to paties klausimo.

Jeigu pasitenkintume tiesiog pasakydami, jog teisėjai turėtų paklusti įstatymų leidėjui ar konstitucijai, tai keblumas nebūtų toks rimtas. Galėtume pateikti neribotą kiekį argumentų šiam ribotam teiginiui pagrįsti; pavyzdžiui, jog balanso požiūriu visi ilgalaikėje perspektyvoje tik laimėtų, jeigu teisėjai taip elgtųsi. Tačiau toks pagrindimas yra neįtikinamas, jeigu norime pasakyti, kaip, atrodytų, numato mūsų teisės sąvoka, jog teisėjus saisto *pareiga* paklusti įstatymų leidėjui ar konstitucijai. Vadinasi, turime pamėginti rasti ne tiesiog motyvus,

kodėl teisėjai turėtų taip daryti, bet pagrindą teigti tą pareigą, o tai iš mūsų reikalauja imtis mano ką tik paminėto moralės filosofijos klausimo. Kokiomis aplinkybėmis atsiranda pareigos ir prievolės?

Harto atsakymą galima apibendrinti taip[1]. Pareigos egzistuoja, kai egzistuoja socialinės normos, numatančios tas pareigas. Tokios socialinės normos egzistuoja, kai yra praktikos salygos *(practice-conditions)*, reikalingos toms normoms. Šios praktikos sąlygos yra, kai bendruomenės nariai elgiasi tam tikru būdu; šis elgesys *konstituoja* socialinę normą ir nustato pareigą. Tarkime, žmonės, reguliariai besilankantys bažnyčioje, laikosi tokios praktikos: (a) kiekvienas vyras, prieš įeidamas į bažnyčią, nusiima kepurę, (b) paklaustas, kodėl jis taip daro, vyras nurodo „normą", kuri iš jo reikalauja taip daryti, ir (c) jei kas nors pamiršta nusiimti kepurę prieš įeidamas į bažnyčią, jis yra kitų kritikuojamas ir galbūt net baudžiamas[2]. Anot Harto, tai aplinkybės, kai yra praktikos sąlygos, reikalingos pareigą nustatančiai normai. Bendruomenė „turi" socialinę normą, nustatančią, kad vyrai neturi dėvėti kepurės bažnyčioje, ir ši socialinė norma nustato pareigą nedėvėti kepurių bažnyčioje. Sukurdama pareigą ta norma išskiria kepurės dėvėjimo bažnyčioje klausimą iš bendrojo klausimų rato, dėl kurių vyrai gali diskutuoti svarstydami, ką jie turėtų daryti. Socialinės normos egzistavimas, taigi pareigos egzistavimas, yra tiesiog fakto klausimas.

Tada Hartas taiko šią analizę teisėjo pareigos klausimui. Jis mano, kad kiekvienoje teisinėje sistemoje teisėjų elgesys tenkina praktikos sąlygas, reikalingas socialinei normai, kuri nustato pareigą identifikuoti ir taikyti tam tikrus standartus kaip teisę. Jeigu tam tikroje bendruomenėje šie pareigūnai (a) priimdami sprendimus reguliariai

---

[1] Hartas analizuoja „prievolės" sąvoką: žr. *loc. cit.* O aš čia vartoju sąvoką „pareiga", nes sakyti „teisėjo pareiga diegti teisę" yra įprasčiau nei kalbėti apie jo prievolę tai daryti, taip pat todėl, kad Harto analizė galioja abiem terminams; iš tiesų *Teisės sampratoje (The Concept of Law)* jis juos vartoja kone sinonimiškai. Žr. id., 27, 238.

[2] Hartas šį pavyzdį naudoja kitam tikslui. Žr. Hart, *op. cit.*, 121. Aš šį pavyzdį modifikavau taip, kad socialinė norma, kuriai čia tenka svarbus vaidmuo, būtų prievolė (ar pareiga), nustatanti normą, pavyzdžiui, tardamas, kad socialinis spaudimas, raginantis prisiderinti, yra negailestingas.

taiko įstatymo leidėjo nustatytas normas, (b) pateisina šią praktiką, apeliuodami į „normą“, pagal kurią teisėjai privalo paklusti įstatymų leidėjui, ir (c) peikia bet kurį pareigūną, kuris nepaklūsta normai, tuomet, Harto teorijos požiūriu, šią bendruomenę galima sakyti turint socialinę normą, reikalaujančią, jog teisėjai privalo paklusti įstatymų leidėjui. Jeigu taip, tuomet teisėjai toje bendruomenėje yra saistomi pareigos taip daryti. Jei dabar paklausime – panašiai kaip klausėme anksčiau – kodėl teisėjai turi pareigą paklusti socialinėms normoms, Hartas pasakytų, kad mes nesupratome esmės. Pagal jo supratimą, į pačią pareigos sąvoką įeina tai, jog pareigos yra sukuriamos tokios rūšies socialinių normų, kurias jis aprašo.

Tačiau Harto teorija, kaip iki šiol ją pristatėme, yra atvira prieštaravimui, kurį galima suformuluoti taip. Kai sociologas sako, kad tam tikra bendruomenė „turi“ tam tikrą normą tokią kaip „nedėvėti kepurės bažnyčioje“, ar ja „vadovaujasi“, jis tenori tam tikru aspektu aprašyti tos bendruomenės elgesį. Jis tenori pasakyti, kad tos bendruomenės nariai mano turį tam tikrą pareigą, o ne kad jam tai patinka. Tačiau kai pats bendruomenės narys apeliuoja į normą, turėdamas tikslą kritikuoti savo paties ar kieno kito elgesį, jis nori ne tiesiog nusakyti kitų žmonių elgesį, o įvertinti jį. Jis turi galvoje ne vien tai, kad kiti mano turį tam tikrą pareigą, o kad jie iš tiesų *yra saistomi* tokios pareigos. Vadinasi, mes turime pripažinti perskyrą tarp dviejų teiginių rūšių, kurių kiekvienas vartoja normos sąvoką. Galėtume pasakyti, jog sociologas teigia *socialinę* normą, bet žmogus, reguliariai einąs į bažnyčią, teigia *normatyvinę* normą. Galėtume pasakyti, jog sociologo socialinės normos teigimas yra teisingas (arba patikimas), jeigu atitinka tam tikrą faktinę situaciją, t. y. jeigu bendruomenė elgiasi taip, kaip Hartas aprašo savo pavyzdyje. Tačiau žmogaus, reguliariai einančio į bažnyčią, normatyvinės normos teiginį turėtume sakyti esant teisingą (ar patikimą) tik jeigu egzistuoja tam tikra normatyvinė situacija *(normative state of affairs)*, t. y. tik jeigu individai iš tikrųjų yra saistomi pareigos, kurią jie, anot Harto pavyzdžio, mano turį. Teisėjas, tiriantis bylą, yra nuolatinio bažnyčios lankytojo, o ne sociologo pozicijoje. Jis nori pasakyti ne vien tą papras-

tą faktą, kad dauguma teisėjų mano, jog jie turi pareigą paklusti tam, ką sako įstatymų leidėjas; jis turi galvoje, kad jie iš tikrųjų yra saistomi tokios pareigos, ir jis nurodo šią pareigą, o ne kitų įsitikinimus kaip savo sprendimo pateisinimą. Jeigu taip, tuomet socialinė norma negali pati savaime būti šaltiniu pareigos, kurią jis mano turįs.

Šiam prieštaravimui Hartas užbėga už akių argumentu, kuris sudaro jo teorijos šerdį. Jis pripažįsta perskyrą, kurią aš padariau tarp „socialinės normos" teigimo ir „normatyvinės normos" teigimo, nors jis ir nevartoja šių terminų. Tačiau jis neigia, turėdamas omeny bent jau savo aptariamus atvejus, jog šias dvi teiginių rūšis galima manyti teigiant dvi skirtingas normų rūšis. Vietoj to jis kviečia skirti normos *egzistavimą* nuo jos *akceptavimo,* to, kad ją akceptuoja individualūs konkrečios bendruomenės nariai. Kai sociologas teigia egzistuojant socialinę normą, jis tvirtina tik jos egzistavimą: jis tik sako, jog praktiškai yra tam tikros sąlygos, reikalingos tai normai. Kai nuolatinis bažnyčios lankytojas tvirtina jos egzistavimą, jis taip pat teigia, kad tos praktikos sąlygos yra, tačiau, be to, jis parodo, kad *akceptuoja* tą normą kaip standartą savo bei kitų elgesiui vertinti. Jis sykiu ir identifikuoja socialinę praktiką, ir nurodo savo nusiteikimą su ja derinti savo elgesį. Vis dėlto tiek, kiek ir vienas, ir kitas nurodo normą, tai yra ta pati norma, t. y. norma, kurią konstituoja konkreti socialinė praktika.

Taigi šis skirtumas tarp socialinės normos teiginio ir normatyvinės normos teiginio yra ne jų teigiamų normų tipo skirtumas, o jų santykio su savo teigiama socialine norma skirtumas. Kai teisėjas apeliuoja į normą, pagal kurią viskas, ką išleidžia įstatymų leidėjas, yra teisė, jis kalba iš socialinio normatyvumo vidaus; tai, ką jis sako, yra teisinga, nes egzistuoja tokia socialinė praktika, tačiau jis daro kažką daugiau, ne tik sako, kad taip yra. Jis parodo savo nusiteikimą laikyti socialinę praktiką savo paklusimo pateisinimu.

Taigi Hartas plėtoja tiek bendrąją prievolės ir pareigos teoriją, tiek specifinį tos teorijos taikymą teisėjų pareigai įgyvendinti teisę. Norėdamas išlaikyti šio įvadinio skirsnio balansą aš sutelksiu dėmesį į bendrosios teorijos kritiką, teorijos, kurią vadinsiu socialinės normos teorija, ir atskirsiu griežtąją ir ne tokias griežtas šios teorijos

versijas. Anot griežtosios versijos, visada, kai teigiama pareiga, tai reikia suprasti kaip tvirtinimą, kad socialinės normos egzistuoja bei kad akceptuojama ta praktika, kurią nusako norma. Taigi jei sakau, kad žmonės turi pareigą nemeluoti, turiu turėti galvoje mažų mažiausiai tai, jog egzistuoja tai nustatanti socialinė norma, o jeigu jos nėra, mano teiginys turi būti neteisingas. Pagal ne tokią griežtą versiją, tik *kartais* dera manyti, kad tas, kuris teigia pareigą, turi omenyje socialinę normą, numatančią tą pareigą. Pavyzdžiui, gali būti, kad nuolatinį bažnyčios lankytoją, sakantį, kad vyrai neturi dėvėti kepurių bažnyčioje, dera suprasti kaip tik taip, tačiau iš to nebūtų darytina išvada, kad žmogų, kuris teigia pareigą nemeluoti, dera suprasti taip pat. Gali būti, kad jis tvirtina pareigą, kuri iš tikrųjų nepriklauso nuo socialinės normos egzistavimo.

Šiuo požiūriu svarbiose *Teisės sampratos (The Concept of Law)* vietose Hartas nepakankamai aiškiai kalba apie tai, kurią versiją jis nori įtvirtinti, nors daug kas iš to, ką jis sako, siūlo griežtąją versiją. Tačiau, žinoma, jo bendrosios teorijos taikymas teisėjo pareigos problemai priklausys nuo to, kurią socialinės normos teorijos versiją jis nori įrodyti. Jeigu teisinga griežtoji versija, tuomet, pavyzdžiui, teisėjai, kurie kalba apie fundamentinę pareigą, reikalaujančią tai, ką sako įstatymų leidėjas, traktuoti kaip teisę, turi turėti galvoje tai nustatančią socialinę normą. Tačiau jei teisinga kuri nors ne tokia griežta socialinės normos teorijos versija, tuomet tai tik galimas dalykas, ir prireiks daugiau argumentų įrodyti, kad taip yra.

Griežtoji šios teorijos versija negali būti teisinga, jeigu ji pretenduoja paaiškinti visus atvejus, kai žmonės apeliuoja į pareigas, ar net visus tuos atvejus, kai jie apeliuoja į normas kaip pareigų šaltinį. Teorija turi pripažinti, kad esama tam tikrų normatyvinės normos teiginių, kurių negalima paaiškinti kaip apeliacijos į socialinę normą, nes neegzistuoja jokia atitinkama socialinė norma. Pavyzdžiui, vegetaras gali sakyti, kad mes neturime teisės žudyti gyvūnų ir misti jų mėsa, nes to neleidžia fundamentinė moralinė norma, pagal kurią visuomet neteisinga atimti gyvybę, bet kokia forma ir bet kokiomis aplinkybėmis. Akivaizdu, kad neegzistuoja jokia tai nustatanti socialinė norma: ve-

getaras pripažins, kad tik labai mažai žmonių nūnai pripažįsta tokią normą ar pareigą, ir iš tikrųjų tai ir yra jo nusiskundimas.

Tačiau teorija galėtų argumentuoti, jog šis normos ir pareigos sąvokų vartojimas žymi ypatingą atvejį ir iš tiesų yra priskirtinas skirtingai moralinės praktikos rūšiai, kuri yra parazitiška standartinės praktikos atžvilgiu, kurią išaiškinti sumanyta ši teorija. Todėl vegetarą iš tikrųjų reikia suprasti sakant ne kad vyrai ir moterys jau turi pareigą neatimti gyvybės, o veikiau kad esama labai tvirto pagrindo sakyti, jog *jie turėtų (one ought)* neatimti gyvybės, taigi *turėtų* egzistuoti tai nustatanti socialinė norma. Jo apeliacija į „normą" gali reikšti, kad kokia nors panaši norma jau egzistuoja, tačiau ši apeliacija yra tam tikra kalbos figūra, jo pastanga išplėsti socialinių normų imperatyvinę galią ir suteikti tokį autoritetą savo paties kitokios rūšies teiginiui.

Tačiau šis ginamasis argumentas neteisingai supranta vegetaro teiginį. Jis nori pasakyti ne tiesiog tai, jog yra pageidautina, kad visuomenė savo institucijas pertvarkytų taip, kad joks žmogus niekada neturėtų teisės atimti gyvybę, bet kad esamomis aplinkybėmis iš tikrųjų niekas niekuomet neturi tokios teisės. Iš tiesų jis norės nurodyti būtinybę moralinės pareigos gerbti gyvybę kaip argumentą, kodėl visuomenė turi turėti tai nustatančią socialinę normą. Griežtoji socialinės normos teorijos versija jam neleidžia taip argumentuoti. Taigi ta teorija jo teiginius galėtų paaiškinti tik tvirtindama, kad jis sako kažką, ko pats nenori pasakyti.

Tad jeigu socialinės normos teorija nori būti įtikinama, ji turi tapti ne tokia griežta. Mažų mažiausiai ji turi siekti pateikti paaiškinimą, kas turima galvoje, kai teigiama, kad pareiga (arba normatyvinė pareigos norma) egzistuoja tik su ta vienintele sąlyga, jog bendruomenės narių dauguma sutaria, kad tokia pareiga egzistuoja. Ši teorija netiktų vegetaro atveju, tačiau ji tiktų nuolatinio bažnyčios lankytojo atveju. Šis griežtumo susilpninimas neturėtų įtakos taikant teoriją teisėjo pareigos problemai, nes, atrodo, teisėjai iš tiesų vadovaujasi iš esmės tomis pačiomis normomis, spręsdami, ką pripažinti privaloma įgyvendinti teise.

Tačiau net šia susilpninta forma teorija nėra įtikinama. Ji nepastebi

svarbaus skirtumo tarp dviejų socialinės moralės rūšių, kurias būtų galima pavadinti sutartine *(concurrent)* morale ir konvencine morale. Bendruomenės sutartinė moralė reiškiasi tuomet, kai jos nariai sutartinai teigia tą pačią arba labai panašią normatyvinę normą, tačiau šio sutarimo fakto nelaiko esmine dalimi jų motyvų teigti tą normą. Konvencinę moralę ji demonstruoja tuomet, kai tą faktą laiko esmine motyvacijos dalimi. Jeigu nuolatiniai bažnyčios lankytojai yra įsitikinę, kad kiekvieno vyro pareiga – nusiimti kepurę bažnyčioje, tačiau tokios pareigos nebūtų, jeigu ne to reikalaujanti bendroji socialinė praktika, tuomet tai – konvencinės moralės raiškos atvejis. Jeigu jie taip pat tiki, kad kiekvieno pareiga – nemeluoti, ir ši jo pareiga būtų, net jei dauguma kitų meluotų, tuomet tai būtų sutartinės moralės raiškos atvejis.

Socialinės normos teorija turi būti susilpninta tiek, kad ji būtų taikoma tik konvencinės moralės raiškos atvejams. Sutartinės moralės raiškos atvejais, tokiais kaip nemelavimo, Harto nusakytosios praktikos sąlygos egzistuotų. Apskritai, žmonės nemeluotų, jie nurodytų „normą", kad meluoti yra blogai, kaip tokio savo elgesio pateisinimą, ir smerktų tuos, kurie meluoja. Harto teorijos požiūriu, šis elgesys konstituotų socialinę normą ir sociologas galėtų pagrįstai sakyti, kad bendruomenė „turi normą", draudžiančią meluoti. Tačiau tarti, kad bendruomenės nariai, kalbėdami apie pareigą nemeluoti, *apeliuoja* į socialinę normą – reikštų iškreipti tai, ką jie nori pasakyti, arba tarti, kad jie jos egzistavimą laiko būtina jų teiginio sąlyga. Priešingai, kadangi tai sutartinės moralės raiškos atvejis, iš tikrųjų jie taip nemano. Taigi socialinės normos teorija turi pasitenkinti konvencine morale.

Šis tolesnis teorijos susilpninimas gali sumažinti ir jos reikšmę teisėjo pareigos problemai. Gali būti, kad bent tam tikra dalis iš to, ką teisėjai mano privalą daryti, reprezentuoja sutartinę, o ne konvencinę moralę. Pavyzdžiui, daugelis teisėjų gali manyti, kad jų pareiga – įgyvendinti demokratiškai išrinktos įstatymų leidžiamosios valdžios institucijos sprendimą, remiantis politiniais principais, kuriuos jie akceptuoja kaip turinčius nepriklausomą vertę, o ne tiesiog dėl to, kad kiti teisėjai ir pareigūnai taip pat juos akceptuoja. Kita

vertus, bent jau atrodo įtikinama prielaida, kad taip nėra ir kad bent jau dauguma teisėjų tipiškose teisinėse sistemose laikytų kokią nors bendrą teisinę praktiką esmine dalimi argumento už bet kokį teiginį apie jų juridines pareigas.

Tačiau socialinės normos teorija nėra netgi adekvatus konvencinės moralės suvokimas. Ji nėra adekvati, nes negali paaiškinti to fakto, jog net kai žmonės socialinę praktiką laiko būtina pagrindo teigti kokią nors pareigą dalimi, jie vis vien gali nesutarti dėl tos pareigos apimties *(scope)*. Pavyzdžiui, tarkime, kad bendruomenės, „turinčios normą", pagal kurią vyrai privalo nedėvėti kepurių bažnyčioje, narių nuomonės iš tikrųjų išsiskiria, iškilus klausimui, ar „ta" norma galioja vyriškos lyties vaikų, dėvinčių kepuraites, atvejui. Kiekviena iš pusių mano, kad jos požiūris į vaikų ar jų tėvų pareigas yra rimtesnis, tačiau nei vienas, nei kitas požiūris negali būti reprezentuojamas kaip pagrįstas socialine norma, nes šiuo klausimu iš viso nėra jokios socialinės normos.

Harto praktikos sąlygų, reikalingų socialinėms normoms, nusakymas šiuo atžvilgiu yra iškalbus: norma konstituojama gyventojų daugumos taisyklingo elgesio. Neabejotina, kad jis normaliu elgesiu laiko elgesį, kurį visi sutartinai laikys deramu tam tikru atveju, net jei toks atvejis dar nepasitaikė. Vadinasi, socialinė norma „apims" *(cover)* raudonplaukio atvejį, net jei bendruomenė dar neturėjo progos tokio matyti. Bet jeigu pusė nuolatinių bažnyčios lankytojų teigia, kad iš vaikų reikalautina nusiimti kepuraites, o kita pusė neigia tokį reikalavimą, kokią socialinę normą konstituoja šis elgesys? Negalime pasakyti nei kad jis konstituoja socialinę normą, jog vaikai turi nusiimti kepuraites, nei kad jis konstituoja socialinę normą, numatančią, kad jie neturi tokios pareigos.

Gali kilti pagunda pasakyti, kad socialinė norma dėl vyrų, dėvinčių kepures bažnyčioje, yra „neaiški" *(uncertain)* vaikų atžvilgiu. Tačiau tai sukelia kaip tik tokią painiavą, kurios išvengti sumanyta socialinės normos teorija. Negalime pasakyti, kad socialinė norma yra neaiški, kai žinomi visi svarbūs socialinio elgesio faktai, kaip kad jie žinomi šiuo atveju, nes tai prieštarautų tezei, jog socialines normas

konstituoja elgesys. Socialinę normą dėl kepurės dėvėjimo bažnyčioje galima būtų teigti esant neaiškią, jei faktai apie tai, ką žmonės darė ir galvojo, dar nesukaupti arba galbūt vaikų klausimas dar nebuvo iškilęs, ir dėl to neaišku, ar bendruomenės dauguma turės vienodą nuomonę, ar ne. Tačiau šiuo atveju jokio panašaus netikrumo nėra; atvejis iškilo, ir mes žinome, kad bendruomenės nariai nesutaria. Taigi tokiu atveju turime sakyti ne kad socialinė norma dėl kepurių dėvėjimo bažnyčioje yra neaiški, bet kad vienintelė socialinė norma, kurią konstituoja bendruomenės elgesys, yra norma, draudžianti suaugusiems vyrams dėvėti kepures bažnyčioje. Tai, kad ši norma egzistuoja, yra aišku, ir lygiai taip pat aišku, kad nėra visiškai jokios socialinės normos vaikų atžvilgiu.

Tačiau dėl to visa tai atrodo kone lemtinga socialinės normos teorijai: kai žmonės teigia normatyvines normas, net konvencinės moralės atvejais, jie paprastai teigia normas, kurios skiriasi apimtimi ar detalėmis arba kurios bent jau skirtųsi tuomet, jei kiekvienas asmuo savo normą išdėstytų detaliau. Tačiau negali būti, kad du žmonės, kurių normos skiriasi arba skirtųsi, jei būtų išsamiai nusakytos, apeliuoja į tą pačią socialinę normą: tokiu atveju bent vienas iš jų apskritai neapeliuoja į jokią socialinę normą. Taip yra net jei jie sutaria daugeliu pasitaikiusių ar galimų atvejų, kai kiekvieno iš jų palaikomos normos yra aktualios. Taigi socialinės normos teorija turi būti susilpninta iki nebepriimtinos formos, jeigu ji išvis nori išlikti. Ją turime laikyti taikytina tik tokiais atvejais kaip kai kuriuose žaidimuose, kai dalyviai akceptuoja, jog jeigu pareiga yra kontroversiška, – tai apskritai pareigos nėra. Tuomet ji nebūtų taikoma teisėjo pareigoms.

Ši teorija galėtų mėginti išvengti šios išvados įvairiais būdais. Ji galėtų argumentuoti, pirma, jog kai kontroversiškoje byloje apeliuojama į normą, tai, kas sakoma, reikia suvokti kaip dviejų dalių teiginį: pirma, identifikuojama socialinė norma, kuri reprezentuoja sutarimą bendruomenėje (suaugę vyrai neturi dėvėti kepurių bažnyčioje), paskui apeliuojama į būtinybę šią normą taikyti didesniam skaičiui kontroversiškų atvejų (vaikų bažnyčioje atžvilgiu). Kitaip tariant, tos linijos, kurios, kaip sakiau, teorija gali laikytis vegetaro atžvilgiu, ji

galėtų laikytis ir visų kontroversiškų apeliacijų į normas atžvilgiu. Tačiau prieštaravimas, kurį nurodžiau svarstydamas vegetaro atvejį, galėtų būti pateiktas kaip bendroji visos teorijos kritika, ir čia jis būtų dar efektyvesnis. Žmonės, bent jau tie, kurie neskaito filosofijos tekstų, į moralinius standartus daugiausiai apeliuoja kontroversiškomis aplinkybėmis. Tai darydami jie nori pasakyti ne tai, jog konkrečiam atvejui turėtų būti taikomas standartas, kad ir ką tai reikštų, bet kad standartas taikomas tam atvejui; ne tai, kad žmonių pareiga ir atsakomybė turėtų būti tai, ką nurodo standartas, bet kad juos saisto tos pareigos ir atsakomybė. Vargu ar teorija galėtų argumentuoti, kad visi šie teiginiai pareigos sąvoką vartoja ypatingai arba parazitiškai; taip teigdama, ji iki trivialybės susiaurintų savo pačios taikymą.

Tačiau teoriją galima būtų ginti ir visai kitaip: pakeičiant jai tarnaujančią socialinės normos sąvoką. Tai galima padaryti pabrėžiant faktą, jog, bent jau konvencinės moralės atveju, tam tikros žodinės normos formuluotės dažnai tampa standartu, kaip antai formulė „vyrai turi nusiimti kepurę bažnyčioje". Peržiūrėtoje sampratoje socialinė norma egzistuoja tada, kai bendruomenė akceptuoja tam tikrą žodinę jos pareigų formuluotę ir vartoja tą formuluotę kaip elgesio ir kritikos gairę *(guide);* tuomet normą galima sakyti esant „neaiškią" tuo mastu, kuriuo bendruomenė nesutaria dėl korektiško vieno ar kelių standartinės formuluotės terminų vartojimo, su sąlyga, kad yra sutariama, jog kontroversiški atvejai turi būti sprendžiami remiantis viena ar kita terminų interpretacija. Ši peržiūra leistų atsakyti į mano pateiktą argumentą. Nuolatiniai bažnyčios lankytojai akceptuoja vieną vienintelę socialinę normą dėl kepurės dėvėjimo įsipareigojimų, būtent normą, kad vyrai privalo nedėvėti kepurės bažnyčioje. Tačiau ši norma yra neaiški, nes esama nesutarimo, ar „vyrai" apima vyriškos lyties vaikus, arba – ar „kepurės" apima kepuraites.

Tačiau ši sąvokos peržiūra, kreipdama dėmesį į tai, ar konkrečios bendruomenės nariai yra pajėgūs fiksuoti savo nesutarimus dėl pareigų kaip nesutarimus dėl tam tikro raktinio žodžio tam tikroje populiarioje žodinėje formuluotėje, ir ar faktiškai taip daro, per daug sureikšmina tokią atsitiktinę aplinkybę. Nuolatiniai bažnyčios lan-

kytojai yra pajėgūs pateikti savo nesutarimą tokia forma, tačiau iš to negalima daryti išvados, kad jie visi bus pajėgūs tai padaryti. Žodinė normos formuluotė galėtų būti skirtinga, nesiskiriant socialiniams faktams, kuriais ji remiasi, tarsi žmonės turėtų įprotį sakyti, kad tik moterys gali dėvėti galvos apdangalą bažnyčioje; tokiu atveju nesutarimas turėtų būti aiškinamas ne kaip nesutarimas dėl to, ar „moterys" apima „vyriškos lyties vaikus", bet ar populiarioji versija buvo tiksli teisingos normatyvinės normos išraiška.

Be to, šitaip peržiūrėta teorija netektų didžiosios dalies savo pirminės aiškinamosios galios. Pirminiu pavidalu ji apėmė, nors ir iškreipė, tą svarbų faktą, jog socialinė praktika vaidina pagrindinį vaidmenį bent jau pateisinant kai kuriuos mūsų normatyvinius teiginius apie individualią atsakomybę ar pareigą. Tačiau reikšmingi yra nuoseklios praktikos faktai, o ne verbalinio elgesio atsitiktinumai. Mūsų moralinės praktikos nėra įstatymų interpretacijos pratybos.

Pagaliau socialinė normos teorija galėtų išsaugoti pirminį Harto socialinės normos apibrėžimą kaip vieningos praktikos nusakymą, tačiau atsisakyti kai kurių kitų dalykų ir išvengti didesnių nuostolių. Ji galėtų apskritai atsisakyti teiginio, kad socialinės normos nustato žmogaus pareigų ribas, tačiau išlaikyti idėją, kad jos nustato jų *slenkstį (threshold)*. Tuomet būtų galima sakyti, kad socialinių normų funkcija moralėje yra ši: socialinės normos identifikuoja tai, kas yra sprendžiama nustatant pareigas, ne tiesiog ta faktine prasme, jog jos nusako konsensuso sritį, bet konceptualia prasme, ta, jog kai toks konsensusas egzistuoja, yra nepaneigiama, kad tos bendruomenės narius saisto bent jau jo įtvirtintos pareigos, tačiau jie gali – ir galbūt pamatuotai – atsisakyti gerbti tas pareigas.

Tačiau socialinė norma nenustato, kad individai neturi teisių ar pareigų už jos ribų, ypač konvencinės moralės srityje; faktas, jog socialinė norma neapima kokio nors atvejo, kaip kad vaikų bažnyčioje atvejo, veikiau reiškia, kad tas, kuris tokiu atveju teigia pareigą, turi remtis argumentais, kurie peržengia paprastą apeliaciją į praktiką.

Jeigu socialinės normos teorija šitaip peržiūrima, ji nebepatvirtina Harto socialinės pripažinimo taisyklės tezės taip, kaip ją patvirti-

na teorija mano nusakytuoju pirminiu pavidalu. Jeigu teisėjai gali jausti pareigą išspręsti bylą tam tikru būdu, nepaisant to, kad jokia socialinė norma nenustato tokios pareigos, tuomet Harto teiginys, kad socialinė praktika išsamiai paaiškina visą teisėjo pareigą, yra bergždžias. Vis dėlto turiu pažymėti silpnumą, kuris lieka net ir šioje peržiūrėtoje socialinės normos teorijos formoje. Ji neatitinka mūsų moralinės praktikos, nes mums įprasta netgi sakyti, kad socialinė norma nustato teisių ir pareigų minimumą. Apskritai pripažįstama, net laikoma konvencinės moralės elementu tai, jog praktikos, kurios yra netikslingos arba iš principo nedera su kitais moralės reikalavimais, nenustato pareigų, nors, žinoma, kai socialinė norma egzistuoja, tik mažuma manys, kad ši išlyga galioja praktiškai. Pavyzdžiui, jei egzistuotų socialinė norma, reikalaujanti, kad vyrai moterų atžvilgiu rodytų tam tikrą formalų mandagumą, dauguma žmonių sakytų, kad moterys turi teisę į jį; tačiau koks nors vienos ar kitos lyties asmuo, kuris šį mandagumą laikytų įžeidimu, nesutiktų.

Šis su konvencine morale susijęs faktas, kurį ignoruoja socialinės normos teorija, yra labai svarbus, nes jis kreipia santykio tarp socialinės praktikos ir normatyvinių sprendinių geresnio supratimo link, geresnio, negu siūlo ta teorija. Normatyviniai sprendiniai iš tiesų dažnai remiasi prielaida, kad nuoroda į socialinę praktiką yra esminė argumentacijos to sprendinio naudai dalis; kaip sakiau, tai skiriamasis konvencinės moralės požymis. Tačiau socialinės normos teorija neteisingai suvokia tą santykį. Ji mano, kad socialinė praktika konstituoja normą, kurią akceptuoja normatyvinis sprendinys; iš tikrųjų socialinė praktika padeda *pateisinti* normą, kurią teigia normatyvinis sprendinys. Faktas, jog egzistuoja praktika bažnyčioje nusiimti kepures, pateisina to reikalaujančios normatyvinės normos teigimą – ne dėl to, kad praktika konstituoja normą, kurią normatyvinis sprendinys nusako ir įtvirtina, o todėl, kad praktika kuria prasižengimo sąlygas ir sąlygoja lūkesčius, kurie yra geras pagrindas teigti pareigą nusiimti kepurę bažnyčioje arba teigti normatyvinę normą, pagal kurią tai privalu padaryti.

Socialinės normos teorija nepasiteisina, nes ji atkakliai laiko, kad

praktika kažin kodėl privalo būti tokio pat turinio, kaip ir norma, kurią jos vardu teigia individai. Tačiau jeigu mes tiesiog tariame, kad praktika gali pateisinti normą, tai, nors šitaip pateisinta norma gali būti tokio pat turinio kaip praktika, ji gali ir nebūti; ji gali jos neatitikti arba ją pranokti. Kai šitaip pažvelgiame į santykį tarp socialinės praktikos ir normatyvinių teiginių, galime labai sklandžiai suvokti visa tai, dėl ko, siekdama paaiškinti, triūsia socialinės normos teorija. Tas, kuriam socialinė praktika atrodo netikslinga arba kvaila, arba užgauli, gali manyti, kad ji net iš principo nepateisina jokio kokių nors pareigų arba normatyvinių elgesio normų teigimo, ir tuomet jis sakys ne kad ji nustato jam pareigą, su kuria jis nesutinka, bet kad, nepaisant to, ką mano kiti, ji nenustato visai jokios pareigos.

Be to, jei bendruomenei įprasta tam tikra praktika, kaip kad paprotys nedėvėti kepurės bažnyčioje, tuomet bus tikėtina, ir nieko nestebintų, jog nariai teigs skirtingas normatyvines normas, kiekviena iš kurių bus tariamai pateisinama tos praktikos. Jie nesutars dėl to, ar vaikai turi dėvėti kepuraites, nes nesutaps jų nuomonės dėl to, ar, atsižvelgiant į viską, praktikos faktas pateisina tos pareigos teigimą. Kai kurie gali manyti, kad pateisina, nes, anot jų, apskritai ta praktika įtvirtina užgaulės ar nepagarbos formą, kurią gali per vaikus praktikuoti vaiko tėvai. Kiti gali nesutikti – dėl įvairių priežasčių. Iš tiesų savo ginčą jie suvoks, net šiuo trivialiu atveju, kaip ginčą dėl to, ko reikalauja kepurės dėvėjimą bažnyčioje reguliuojanti „norma“. Tačiau nuoroda daroma ne į normą, kurią konstituoja visuotinis elgesys, t. y. ne į socialinę normą, o į normą, kuri yra pateisinama visuotinio elgesio, t. y. į normatyvinę normą. Jie ginčijasi būtent dėl to, kokia yra *ta* norma.

Gali būti, kad teisėjo pareiga yra konvencinės moralės dalykas. Iš to negalima daryti išvados, jog kažkokia socialinė norma nustato teisėjo pareigos ribas, ir net išvados, kad nustato slenkstį. Pavyzdžiui, kai teisėjai remiasi norma, jog jie privalo paklusti įstatymų leidėjui, gali būti, jog tai darydami jie apeliuoja į normatyvinę normą, kurią pateisina kokia nors socialinė praktika, ir jie gali nesutarti dėl konkretaus tos normatyvinės normos turinio taip, kad tai bus ne

šiaip paprastas nesutarimas dėl kitų teisėjų elgesio faktų. Pozityvistas gali būti teisus, tačiau savo argumentus jis turi pagrįsti nesigriebdamas to palengvinimo, kurį nori suteikti socialinės normos teorija.

2. AR AŠ IŠ TIESŲ NESUTINKU SU HARTU?

Man buvo priekaištaujama, kad mano nesutikimas su pozityvizmu, bent jau ta jo forma, kurią jam suteikė Hartas, iš tiesų nėra jau toks rimtas, kaip aš tvirtinu. Galima tarti, kad aš įrodžiau, jog subtilus teisės supratimas numato vietą tiek principams, tiek normoms. Tačiau neatrodo, kad kuris nors Harto teorijos argumentas tam prieštarautų. Jis iš tiesų kalba tik apie normas, tačiau neapibrėžia „normos" taip siaurai, kaip šį terminą aš apibrėžiu 2-ame skyriuje, taigi kai jis kalba apie normas, dera suprasti, kad, be normų siaurąja prasme, jis apima ir principus. Galima tarti, kad aš įrodžiau, jog bet koks fundamentinis teisės testas, jeigu jis turi apimti ne tik teisės normas, bet ir teisės principus, turi būti sudėtingesnis negu Harto siūlomi pavyzdžiai pripažinimo taisyklės sąvokai iliustruoti. Tačiau Hartas sako, kad pripažinimo taisyklė gali būti sudėtinga; iš tiesų, anot jo, ji gali būti sukomponuota iš keleto hierarchiškai sutvarkytų kriterijų. Jo paprastieji pavyzdžiai – tokie kaip norma, jog Karalienės aktai, išleidžiami Parlamento, yra teisė – sumanyti tiesiog kaip pavyzdžiai.

Tuomet kur glūdi nesutarimas? 2-as skyrius iš tiesų iš pažiūros neigia Harto tezę, jog kiekviena teisinė sistema turi fundamentinį teisės testą pripažinimo taisyklės pavidalu. Tačiau, kaip pažymi profesorius Sartoriusas, aš negaliu turėti galvoje, jog įmanoma teisinė sistema, kuri neturi jokio fundamentinio testo teisės normoms ir principams identifikuoti[1]. Viena iš mano argumentacijos minčių buvo ta, kad kai kurie principai turi būti traktuojami kaip teisė, taigi figūruoti teisėjo argumentacijoje, o kiti negali būti taip traktuojami. Tačiau jei tai tiesa, tuomet turi būti koks nors testas, kuris galėtų būti naudojamas atskirti toms dviem principų rūšims. Taigi mano teiginys,

[1] Sartorius, *op. cit.*, 155.

kad tokia fundamentinė norma neegzistuoja, turi būti suprantamas kaip sakantis tik tai, jog fundamentinis testas turi būti pernelyg sudėtingas, kad jį būtų galima suformuluoti kaip paprastą taisyklę. Tačiau turint omenyje tai, jog Hartas niekuomet netvirtino, kad fundamentinė norma turi būti paprasta, šis skirtumas yra nereikšmingas.

Toks yra pirmasis iš tų prieštaravimų, kuriuos noriu apsvarstyti. Rašydamas 2-ą skyrių maniau, kad pozityvistų tezė, jog kiekvienoje teisinėje sistemoje egzistuoja fundamentinis teisės testas, yra pakankamai aiški ir nereikalauja didesnio išplėtojimo. Aš maniau, kad visas dviprasmybes galima išspręsti pasitelkus kaip pavyzdį kruopščią profesoriaus Harto tos tezės formuluotę. Ką tik nusakytas prieštaravimas man įrodo, kad aš šiuo požiūriu klydau, tad dabar pamėginsiu ištaisyti šį netobulumą, aiškiau išdėstydamas, kaip aš suprantu pozityvistų teiginį ir kuo tas teiginys skiriasi nuo mano paties norimų pateikti teiginių.

Pradėsiu išdėstydamas tris skirtingas tezes, iš kurių kiekviena vienaip ar kitaip susijusi su fundamentinio teisės testo idėja. Plėtodamas šias skirtingas tezes, pasitelksiu perskyrą, kurią padariau ankstesniame skirsnyje, perskyrą tarp socialinio elgesio aprašymo remiantis socialinės normos sąvoka ir normatyvinės pozicijos teigimo remiantis normatyvinės normos sąvoka. (i) Pirmoji tezė tvirtina, kad kiekvienoje tautoje, kuri turi išvystytą teisinę sistemą, egzistuoja kokia nors *socialinė* norma ar socialinių normų kompleksas, akceptuojamas jos teisėjų ar teisės pareigūnų bendruomenės, normos, nustatančios teisėjo pareigos pripažinti kurias nors kitas normas ar principus kaip teisę ribas. Ši tezė tiktų, pavyzdžiui, Anglijai, jeigu anglų teisėjai kaip grupė pripažintų pareigą apibrėžiant juridines teises ir pareigas atsižvelgti tik į normas ir principus, priimtus Parlamento arba įtvirtintus teismų sprendimų ar ilgaamžio papročio, ir kaip grupė sutartų, kad jie neturi pareigos atsižvelgti į ką kita. Hartas plėtoja šią pirmąją tezę; iš tiesų jo teoriją, pasak kurios socialinė pripažinimo taisyklė egzistuoja kiekvienoje teisinėje sistemoje, galima laikyti vienu iš pačių svarbiausių jo nuopelnų pozityvistinei tradicijai. (ii) Antroji tezė tvirtina, kad kiekvienoje teisinėje sistemoje tam tikra

konkreti *normatyvinė* norma ar principas arba sudėtingas jų kompleksas yra tikrasis standartas, kuriuo remdamiesi teisėjai identifikuoja specialesnes teisės normas ir principus. Tas, kuris akceptuoja šią antrąją tezę, gali, pavyzdžiui, manyti, kad Anglijoje teisėjai turi pareigą teise pripažinti tik įstatymus, precedentus ir aiškius papročius, nepriklausomai nuo to, ar faktiškai jie sprendžia, ar ne šiuo keliu. (iii) Trečioji tezė tvirtina, kad kiekvienoje teisinėje sistemoje dauguma teisėjų akceptuoja *kokią nors* normatyvinę normą ar teoriją, nustatančią jų pareigą paisyti kitų standartų kaip teisės standartų. Ši tezė argumentuoja, jog, pavyzdžiui, išstudijavę įvairių anglų teisėjų sprendimų modelį pamatome, kad kiekvienas teisėjas daugiau ar mažiau sąmoningai vadovaujasi tam tikra norma, nurodančia tam tikrus išskirtinius teisės šaltinius, arba sudėtingesne teorija, nustatančia, kaip identifikuoti teisę. Iš šios tezės nesektų išvada, kad dauguma anglų teisėjų vadovaujasi *ta pačia* norma ar teorija, nors galbūt taip ir yra; jeigu taip būtų, tuomet pirmoji tezė tiktų ir (bent jau) Anglijai, bet šiaip – ne.

Aš nesutinku su Hartu dėl pirmosios iš šių trijų tezių. Jis teigia tą tezę, o aš ją neigiu. Šis klausimas svarbus; nuo jo sprendimo priklauso ortodoksinė idėja, jog teisės standartus galima atskirti, iš principo ir kaip grupę, nuo moralės ar politinių standartų. Jeigu pirmoji tezė teisinga, tuomet kiekvienoje teisinėje sistemoje egzistuoja koks nors visuotinai akceptuojamas teisės testas socialinės normos pavidalu, ir šito pakanka atskirti teisės normoms ir principams nuo moralės normų ir principų. Tačiau jei pirmoji tezė yra klaidinga, tuomet tokio testo nėra.

Kuri nors iš antrosios ar trečiosios tezės versijų gali atrodyti pagrįsta, tačiau to neužtenka. Tarkime, kad aš akceptuoju antrojoje tezėje projektuojamos normatyvinės teisės teorijos tipo teoriją. Į mano teoriją, jeigu ji nėra visuotinė, įeis kontroversiškos nuostatos; pavyzdžiui, į ją galėtų įeiti kontroversiška precedento teorija, anot kurios teismai turi teikti daugiau svarumo dabartiniams, o ne pasenusiems precedentams. Tuomet man reikėtų pagrįsti teiginį, kad mano požiūris į precedentą teisingai nusako teisėjo pareigą, o tai padaryti

galėčiau tik pasitelkdamas kitą teoriją, aiškinančią precedento prasmę ar vertę. Mano argumentai už šią papildomą teoriją, be abejonės, priklausys nuo kontroversiškų politinės moralės principų, pavyzdžiui, principų, nustatančių tikrąją teisminės valdžios vietą demokratijoje. Būtent šią priklausomybę ypač rūpi paneigti pozityvizmui.

Perskyros, kurias padariau tarp šių trijų skirtingų tezių, rodo, kodėl Sartoriuso prieštaravimas yra netaiklus. Jis mano, kad jeigu aš sakau, jog teisėjus saisto pareiga remtis vienokiais, o ne kitokiais principais, arba priskirti tam tikrą svarumą vienam kuriam principui, bet ne didesnį, iš to matyti, kad aš pats pripažįstu, kad fundamentinis teisės testas egzistuoja. Iš to seka, kad aš pats pripažįstu tam tikrą antrosios tezės versiją, t. y. kad aš pats manau, jog įmanomi įtikinami argumentai už vieną, o ne kitą teoriją, nusakančią, kaip teisėjai turi spręsti sunkiąsias bylas. Tačiau iš to negalima daryti išvados, kad aš turiu akceptuoti pirmąją tezę, pasak kurios egzistuoja kažkokia teisėjų pripažįstama socialinė norma, kuri sprendžia tą klausimą. Tai Harto tezė, o ne mano, ir nereikia ją skelbti mano teze.

Vis dėlto vienas Harto teorijos bruožas rodo, kad jam priskiriu pernelyg nelanksčią teoriją. Jis apdairiai paaiškina, kad socialinė pripažinimo taisyklė tam tikrais atvejais gali būti neaiški, taigi ji negali išspręsti visų galimų atvejų kai neaišku, kas laikytina teise[1]. Kad egzistuotų tokia taisyklė, pakanka, jog ji įgalintų spręsti daugumą tokių klausimų. Jis pateikia tokį pavyzdį. Nėra jokios abejonės, sako jis, kad Anglijoje bent iš dalies pripažinimo taisyklę sudaro tai, jog visa, ką išleidžia Parlamentas, yra teisė. Vis dėlto neaišku, ar dabartinis Parlamentas turi įgaliojimus saistyti ateities parlamentus, kaip kad jis galėtų pamėginti padaryti, jeigu, pavyzdžiui, priimtų tam tikrą teisės normą ir tada įtvirtintų ir tą normą, ir įtvirtinamąją sąlygą, numatančią, jog nei norma, nei sąlyga negali būti atšaukta niekaip kitaip, tik dviejų trečdalių dauguma. Jeigu tai įvyktų, teisėjai galėtų rimtai nesutarti dėl naujos sudėties Parlamento mėginimo panaikinti šias normas paprasta dauguma teisinių pasekmių. Jeigu teisėjų nuo-

[1] Hart, *op. cit.*, 144.

monės taip išsiskirtų, tai įrodytų, kad pripažinimo taisyklė šiuo požiūriu yra neaiški, ir klausimas tuomet galėtų būti išspręstas, o pripažinimo taisyklė – išaiškinta, tik jei kuris nors teismas priimtų vienokį ar kitokį sprendimą ir parodytų politinę valią laikytis savo sprendimo.

Taigi gali atrodyti, kad Hartas nėra įsipareigojęs sampratai, jog kiekvienoje teisinėje sistemoje egzistuoja socialinė norma, kuri išsprendžia visas problemas, susijusias su klausimu, kokie standartai laikytini teise. Jis galėtų pasakyti, kad pakanka pagrįsti pirmąją tezę, jog socialinė norma traktuojama kaip *reguliuojanti* visus sprendimus dėl teisės, nors ji ir nėra tokia preciziška, kad tai, ko ji reikalauja, niekuomet negalėtų tapti ginčo objektu. Jis galėtų dar pridurti, kad kai teisėjų nuomonės iš tikrųjų išsiskiria (kaip kad jie nesutartų dėl įtvirtinamosios sąlygos arba, jei toliau remtumėmės mano pavyzdžiu, dėl senesniems precedentams teiktinos galios), jie atskleidžia socialinės normos netikrumo sritį, normos, kuri šiaip jau yra aiški.

Tačiau Harto patikslinimas, kad pripažinimo taisyklė kai kada gali būti neaiški, nėra tiesiog patikslinimas, darantis teoriją lankstesnę ir rafinuotesnę. Priešingai: šis patikslinimas sugriauna ją – kodėl taip atsitinka, mėginau paaiškinti ankstesniame skirsnyje. Pasakymas, jog socialinė norma gali būti neaiški ta prasme, kurią Hartas čia turi galvoje, paprasčiausiai neatitinka socialinės normos sąvokos, kaip ją vartoja Hartas. Jeigu teisėjai iš tikrųjų nesutaria, kilus klausimui, ką jie privalo daryti, jeigu naujos sudėties Parlamentas mėgina panaikinti įtvirtinamąją normą, – nėra neaišku, ar kokia nors socialinė norma reguliuoja tą sprendimą; priešingai, yra aišku, kad niekas nereguliuoja. Šis pavyzdys tiesiog parodo, jog teiginys, kad Anglijoje egzistuoja teisėjų pripažįstama socialinė norma, nustatanti jog visa tai, ką išleidžia Parlamentas, yra teisė, yra, griežtai tariant, netikslus, nors jis gali būti pakankamai tikslus dauguma tų atvejų, kai pasitelkiamas kitiems tikslams.

Kruopšti pozicijos formuluotė, vartojanti socialinės normos sąvoką, turėtų būti dėstoma maždaug taip. Egzistuoja teisėjų pripažįstama socialinė norma, nustatanti, jog viskas, ką išleidžia Parlamentas, yra teisė, nebent tai būtų įstatymas, siekiantis saistyti būsimus

parlamentus. Šiuo klausimu – ar Parlamentas gali saistyti būsimus parlamentus – nėra jokios socialinės normos; šiuo klausimu teisėjai nesutaria. Kai kurie mano, kad gali, taigi jie mano esą saistomi pareigos nepripažinti jokių mėginimų panaikinti įtvirtinamąsias teisės normas. Kiti galvoja, kad negali ir kad dėl to jų pareiga yra tokią įstatymų leidybą pripažinti teise. (Ši paprasta formuluotė ignoruoja sudėtingesnes pozicijas, kurių gali faktiškai laikytis įvairūs teisėjai.)

Tačiau, suprantama, toks šio dalyko nusakymas teikia kontrpavyzdį pirmosios tezės teiginiui, jog visuomet egzistuoja kokia nors socialinė norma, nurodanti būtinas ir pakankamas sąlygas, kurias turi atitikti tai, ką teisėjai privalo pripažinti teise. Jeigu tokie nesutarimai tarp teisėjų kiltų tik išskirtiniais ir retais atvejais, tokiais kaip įtvirtinamoji sąlyga, tuomet tokių kontrpavyzdžių būtų labai nedaug ir jie tam teiginiui nesudarytų rimtos kliūties. Tačiau jeigu, kaip aš teigiu, šios rūšies nesutarimai tarp teisėjų yra labai dažni ir, tiesą sakant, kyla visuomet, kai apeliaciniai teismai turi išspręsti sudėtingas ir kontroversiškas bylas, tuomet šio argumento atskleidžiamas bendrasis silpnumas yra lemiamas.

Dabar kas nors galėtų pasakyti, kad aš pernelyg pažodžiui suprantu Harto teiginį, jog pripažinimo taisyklė yra socialinė norma, konstituojama tam tikros bendruomenės narių visuotinio elgesio, tokių kaip teisėjai ir kiti pareigūnai. Jis galėtų būti linkęs peržiūrėti tą griežtą sampratą tuo būdu, kurį siūliau ankstesniame skirsnyje, ir sakyti, kad pripažinimo taisyklė egzistuoja kaip socialinė norma, kai teisėjai akceptuoja tam tikrą žodinę savo pareigos formuluotę, tokią kaip žodinė formuluotė „visa tai, ką išleidžia Parlamentas, yra teisė“. Jeigu taip, tuomet Hartas galėtų sakyti, jog socialinė pripažinimo taisyklė egzistuoja, nors ir yra neaiški tais atvejais, kai bendruomenės nariai nesutaria dėl tinkamo tos žodinės formuluotės taikymo konkretiems atvejams. Taigi pripažinimo taisyklė, nustatanti, jog visa tai, ką daro Parlamentas, yra teisė, egzistuoja kaip socialinis faktas, tačiau ji yra neaiški tuo mastu, kuriuo teisėjai nesutaria dėl konkrečių atvejų, tokių kaip įtvirtintųjų įstatymų atvejis.

Tačiau ši sampratos peržiūra, kaip jau sakiau anksčiau, pernelyg

sureikšmina kalbos ir istorijos atsitiktinumus. Tai patvirtina toks pavyzdys. Gali būti įprasta sakyti, kad visi Parlamento išleidžiami aktai yra teisė. Tačiau vargu ar įmanoma nesutarimą dėl įtvirtintųjų įstatymų suvokti kaip nesutarimą dėl tinkamos tos konvencinės formuluotės terminų interpretacijos. Niekas nesakytų, kad nesutarimas kilo dėl „visa tai" reikšmės ar dėl to, kokią galią dera teikti terminui „išleidžia". Taip pat ir daugelio iš tų gausių kasdieniškesnių ginčų, kuriuos turėjau galvoje, tokių kaip nesutarimas dėl senesniems precedentams teiktino svarumo, negalima apibūdinti kaip nesutarimų dėl kokios nors nusistovėjusios žodinės formulės terminų reikšmės.

Mano argumentui galėtų būti pateiktas ir kitoks prieštaravimas. Juo būtų priminta mano ankstesniame skirsnyje padaryta perskyra tarp teiginių apie tai, ką teisėjai turėtų daryti, ir teiginių apie tai, ką daryti yra jų pareiga. Pirmoji tezė netvirtina, kad visuomet egzistuoja socialinė norma, kuri įgalina nuspręsti, ką teisėjai *turėtų* daryti kontroversiškais atvejais, tokiais kaip įtvirtinamosios sąlygos atvejis. Ji tik sako, kad socialinė norma nurodo, ko iš teisėjų *reikalaujama* tokiais atvejais; t. y. jų pareigų ribą. Jeigu teisėjai nesutaria dėl to, ar įgyvendinti įstatymą, siekiantį panaikinti įtvirtinamąją normą, pats šio nesutarimo faktas, anot šio prieštaravimo, rodąs, jog teisėjų nesaisto pareiga elgtis vienaip arba antraip. Taigi tokiu atveju reikalas būtų paliekamas jų diskrecijai, kol koks nors teismas savo sprendimu vienos arba kitos alternatyvos naudai padrąsintų kitus teisėjus akceptuoti tą sprendimą kaip kuriantį pareigą.

Jeigu taip būtų, pirmoji tezė būtų atspari mano pateiktam argumentui. Tačiau kodėl turėtume teigti, kad taip yra? Minėtas prieštaravimas priklauso nuo moralės filosofijos prielaidos. Jis remiasi prielaida, kad pareigos iš principo negali būti kontroversiškos. Jis remiasi prielaida, kad jeigu nėra aišku, kas yra teisėjo pareiga, ir nesutariama, kokių įrodymų reikia šiam klausimui išspręsti, tuomet jo negali saistyti jokia pareiga, ir mes turime kalbėti tik apie tai, ką jis turėtų *(ought)* daryti. Tačiau ši prielaida yra mažų mažiausiai kvestionuotina. Ji nedera su tuo, kaip mes pareigos sąvoką vartojame moralinėje argumentacijoje. Vegetaras neturi pripažinti, kad mūsų

pareigos baigiasi tuo, kas neginčijamai ir įrodomai yra mūsų pareigos. Ji nedera netgi su tuo, kaip teisininkai traktuoja teisėjo pareigos klausimą. Pavyzdžiui, įtvirtinamosios sąlygos ginče bendras diskusijų dalyvių pagrindas yra nuostata, kad tai yra problema, kurią spręsdami teisėjai gali realizuoti diskreciją. Tie, kurių manymu Parlamentas turi įgaliojimus saistyti savo įpėdinius, yra įsitikinę, kad teisėjai neturi teisės pripažinti vėlesnio mėginimo panaikinti aktus. Tie, kurių manymu Parlamentas neturi tokios galios, yra įsitikinę, kad teisėjai turi pareigą pripažinti vėlesnį panaikinimą. Kai kurie teisėjai iš tiesų gali dvejoti. Tačiau jie yra netikri dėl savo pareigų, o ne įsitikinę, kad neturi jokių pareigų. Žinoma, jeigu griežtoji socialinės normos teorijos versija būtų teisinga, mano aprašytoji prielaida būtų įtikinama. Kadangi ta teorija yra klaidinga, prielaida turėtų būti paremta kažkaip kitaip, bet aš manau, kad tokio pagrindo neįmanoma rasti.

Aš tikiuosi, kad niekas nenorės sakyti, jog tokiu atveju teisėjai nesutaria dėl savo kaip teisėjų politinės ar moralinės pareigos, o ne dėl savo juridinės pareigos. Vienintelis įmanomas tokios perskyros pagrindas šiame kontekste akivaizdžiai kelia klausimų. Pirmoji tezė, kurią išskyriau, yra sumanyta paaiškinti perskyrai, kurią pozityvistas daro tarp juridinių ir kitos rūšies pareigų, taigi ji negali remtis šia perskyra kaip prielaida. Pats Hartas sako, kad fundamentinė pripažinimo taisyklė yra teisės norma tik tuo atžvilgiu, kuriuo standartinis metro etalonas Paryžiuje yra vieno metro ilgio[1]; jeigu teisėjai turi pareigą įgyvendinti įtvirtinamąsias sąlygas, tai turi būti juridinė pareiga būtent šia prasme. Tačiau terminologijos klausimas čia niekuo dėtas. Jeigu teisėjus gali saistyti pareiga taikyti kokią nors normą ar principą sprendžiant, ko reikalauja teisė, nors jokia socialinė norma nenustato tos pareigos, tuomet pirmoji tezė yra neteisinga, kad ir kaip būtų nusakoma ta pareiga.

[1] Hart, 106.

3. AR „INSTITUCINĖ ATRAMA" KONSTITUOJA PRIPAŽINIMO TAISYKLĘ?

2-ame skyriuje sakiau, kad principų, kaip antai principo, pagal kurį niekas negali turėti naudos iš savo blogo elgesio, negali aprėpti jokia paprasta pripažinimo taisykle, tokia kaip norma, pagal kurią viskas, ką išleidžia Parlamentas, yra teisė. Sakiau, jog pozityvistas turi tokį pasirinkimą: jis gali argumentuoti, kad šie principai nėra teisės dalis, nes teisėjo nesaisto pareiga į juos atsižvelgti, jis tik turi diskreciją (nuožiūrą) tai daryti. Arba jis gali pripažinti, kad jie yra teisė, ir parodyti, kaip galima sukonstruoti sudėtingesnę socialinę pripažinimo taisyklę, kuri apimtų tuos principus. Žinoma, pozityvistas gali kombinuoti šias strategijas; jis gali tvirtinti, kad sudėtingesnė pripažinimo taisyklė aprėptų kai kuriuos iš tų principų, kuriais remiasi teisėjai, o tada pridurti, kad teisėjai neturi pareigos įgyvendinti jokių kitų principų, tik šiuos.

Dr. Razas siekia būtent taip kombinuoti abi strategijas. Daugiausia jis remiasi argumentu, kurį svarstysiu kitame skirsnyje: teisėjai turi diskreciją pasitelkti tam tikrus principus, bet jų nesaisto jokia pareiga. Tačiau jis mano, kad teisėjus saisto pareiga atsižvelgti bent jau į kai kuriuos principus, ir kad šie gali būti subordinuoti tokio tipo sąvokai kaip socialinė pripažinimo taisyklė, remiantis tuo, ką jis pavadina „teisminiu papročiu" *(judicial custom)*[1]. Tarkime, per tam tikrą laiko tarpsnį daugelis teisėjų faktiškai pasiremia tam tikru principu, kaip principu, į kurį privalu atsižvelgti. Tada pati ši praktika, anot jo, konstituoja aiškią socialinę normą, kuri priklauso, greta konvencinių pripažinimo taisyklių, kurias turėjo galvoje Hartas, socialinių normų drauge sudarančių teisės testą grupei.

Tačiau dėl poros priežasčių teisminio papročio sąvoka negali laiduoti jokių ypatingų argumentacijos pasiekimų. Pirma, didžioji dalis principų ir politinių nuostatų, kuriais remiasi teisėjai, yra kontroversiški, bent jau svarumo atžvilgiu; pavyzdžiui, principo, pagal kurį niekas negali turėti naudos iš savo blogo elgesio, svarumas buvo pa-

[1] Raz, 852. Tą patį terminą vartoja ir ta pačia sąvoka remiasi Carrio, 25.

kankamai kontroversiškas, kad išprovokuotų nuomonių skirtumą *Riggs v. Palmer* byloje[1]. Antra, didžioji dalis apeliacijų į principą yra apeliacijos į principus, kurie visai nėra buvę jokios nustatytos teisminės praktikos objektu; tai patvirtina keletas iš tų pavyzdžių, kuriuos pateikiau iš *Henningsen* bylos sprendimo, pavyzdžiai, iliustruojantys principus, kurie iš tikrųjų nebuvo kokiu nors panašiu būdu suformuluoti iki tol, kaip antai principas, kad automobilių gamintojus saisto ypatinga atsakomybė visuomenei.

Taigi Razo teisminio papročio sąvoka neatpažintų daugelio iš principų, teisėjų laikomų principais, į kuriuos reikia atsižvelgti. Todėl turėsime labai rimtai apsvarstyti jo argumentą, kad teisėjų iš tikrųjų nesaisto pareiga pripažinti galią principams, kurie nėra tokio teisminio papročio pripažinti principai. Tačiau pirma aš noriu apsvarstyti kitą, sudėtingesnę, idėją: kaip socialinės pripažinimo taisyklės samprata gali būti adaptuota, kad apimtų tiek principus, tiek normas.

Profesorius Sartoriusas sutinka su manimi, kad idėja, jog į principus sunkiosiose bylose teisėjai apeliuoja naudodamiesi tam tikra diskrecija, yra atmestina[2]. Taigi jeigu jis nori akceptuoti pirmąją mano išskirtą tezę, turi nusakyti tokią socialinės normos formą, kuri iš tikro apima ar bent numato visus šiuo principus. Jis mėgina tai padaryti, siūlydamas panaudoti mano paties argumentus prieš mane. Jis pripažįsta, kad fundamentinio teisės testo išplėtojimas būtų be galo sunkus darbas, tačiau, jo manymu, iš principo tai įmanoma. Be to, jis mano, kad tokio galutinio testo esmė glūdėtų „institucinės atramos" sąvokoje, kurią išplėtojau 2-ame skyriuje. Kaip savo pozicijos patvirtinimą jis cituoja tokią to skyriaus pastraipą:

> [J]ei aplinkybės pareikalautų iš mūsų pagrįsti savo teiginį, kad tam tikras principas yra teisės principas, mes suminėtume visas ankstesnes bylas, kada tuo principu buvo remiamasi arba kur juo buvo pasinaudota argumentuojant. Taip pat paminėtume visus

---

[1] 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

[2] Sartorius, 155.

įstatymus, kurie atrodo iliustruoja tą principą (dar geriau, jei principas būtų nurodytas įstatymo preambulėje arba komiteto ataskaitose, arba kituose jį lydinčiuose legislatyviniuose dokumentuose). Be tokios institucinės paramos veikiausiai negalėtume pagrįsti savo argumentų, o juo daugiau tokių atramų randame, juo didesnį svarumą galime suteikti mūsų ginamam principui[1].

Žinoma, profesorius Sartoriusas norėtų šią institucinės atramos doktriną išplėtoti kur kas detaliau negu čia. Aš pats turėčiau ją išplėtoti štai kaip[2] (ir jo straipsnis rodo, kad jis galėtų sutikti su šiuo išplėtojimu). Tarkime, mes turime sutelkti visas normas, kurios tikrai yra galiojančios teisės normos, pavyzdžiui, vienos Amerikos valstijos normos, ir prie jų pridurti visas eksplicitiškas normas, reguliuojančias institucinę kompetenciją, kuriomis rėmėmės sakydami, kad pirmasis normų kompleksas iš tiesų yra tos jurisdikcijos galiojančios normos. Tuomet turėtume imperatyvų teisinės medžiagos komplektą. Tada galėtume paklausti, koks drauge paimtų principų kompleksas būtų reikalingas *pateisinti* mūsų suvestų eksplicitiškų teisės normų bei institucinių normų priėmimui. Įsivaizduokite, kad kiekvienas tos valstijos teisėjas ar teisininkas turi išplėtoti „teisės teoriją", kuri aprašytų tą principų kompleksą ir kiekvienam iš principų priskirtų reliatyvų svarumą (aš ignoruoju tą faktą, kad viso gyvenimo neužtektų nė pradėti). Kiekvienas iš jų tada galėtų argumentuoti, kad jo principų kompleksas turi būti laikomas konkrečios teisinės sistemos principais.

Šio pasakojimo siūlomą teisės testą galima suformuluoti taip: principas yra teisės principas, jeigu jis figūruoja pačioje įtikinamiausioje iš tų teisės teorijų, kurios gali būti pateiktos kaip eksplicitiškų, substantyvių ir institucinių konkrečios jurisdikcijos normų pateisinimas. Sartoriusas, akivaizdžiai turėdamas omenyje būtent tokios rūšies testą, sako, kad „[n]ors čia, ko gero, gerokai nutolta nuo Harto pozityvizmo versijos, tai atitinka fundamentalią pozityvistų nuostatą, kaip ją

[1] *Id.*, 156; cit. iš mano 2-o skyriaus.

[2] Šis nusakymas yra tik ilgos 4-o skyriaus argumentacijos reziumė.

nusako Dworkinas, būtent, kad *bendruomenės teisę [...] galima identifikuoti ir išskirti remiantis specifiniais kriterijais, testais, kurie paiso ne turinio, o kilmės...*"[1]

Tačiau dabar reikia šį tą paaiškinti. Sartoriusas negali turėti galvoje, kad kiekvieno pavienio teisininko teisės teorija pateikia *socialinę* pripažinimo taisyklę. Jeigu aš būčiau plėtojęs teisės teoriją pavienei jurisdikcijai, būčiau puikiausiai galėjęs laikyti tą teoriją – mano išskirtosios *antrosios* tezės prasme – normatyvine teisėjo pareigos teorija. Jeigu dauguma teisėjų konkrečioje jurisdikcijoje turėtų tokią teoriją, tuomet tai jurisdikcijai galiotų *trečioji* tezė. Tačiau kiekvieno teisėjo teorija daugiau ar mažiau skirtųsi nuo kito teisėjo. Kai kurie iš jo iškeltų principų būtų skirtingi, o kai kurie iš tų, kurie būtų tokie patys, skirtųsi svarumu. Šie skirtumai laiduoja, kad nė vieno teisininko teorija pati savaime negali būti traktuojama kaip sudėtinė socialinė norma, kurios reikalauja *pirmoji* tezė.

Taigi Sartoriusas turi sakyti ne kad kiekvieno pavienio teisininko teisės teorija pateikia socialinę pripažinimo taisyklę, o kad *pats* institucinės atramos testas yra tokia socialinė taisyklė. T. y. jis galėtų sakyti, kad socialinė pripažinimo taisyklė yra būtent taisyklė, jog principas turi būti taikomas kaip teisė, jeigu jis yra įtikinamiausios teisės teorijos dalis, ir turi būti taikomas tokiu svarumu, kokį jam teikia ta teorija. Taip žvelgiant, skirtingos teisės teorijos, kurias pateiktų skirtingi teisininkai, paprasčiausiai yra skirtingos teorijos to, kaip ta socialinė norma turi būti taikoma konkretiems atvejams.

Tačiau aš nematau galimybės šį dalyką taip pateikti ir tebesilaikau idėjos, kad institucinės atramos testas teikia „specifinius kriterijus", „kilmės", o ne „turinio" kriterijus. Teisės teorijos samprata, kaip aš ją nusakiau, neteigia, kad principai ir politinės nuostatos paaiškina nustatytas normas taip, kaip jas galėtų paaiškinti teisės istorikas, identifikuodamas motyvus tų, kas priėmė tas normas, arba kreipdamas dėmesį į spaudimo grupes, kurios darė įtaką aktų priėmimui. Jeigu teisės teorija nori suteikti pagrindą teisėjo pareigai, tuomet prin-

[1] Sartorius, 156, cit. iš mano 2-o skyriaus.

cipai, kuriuos ji skelbia, turi mėginti *pateisinti* nustatytąsias normas, identifikuodama bendruomenės politinę ir moralinę problematiką ir tradicijas, kurios teoriją skelbiančio teisininko manymu, iš tikrųjų remia normas. Šis pateisinimo procesas turi vesti teisininką labai giliai į politinę ir moralės teoriją, taip toli, kad jau nebebūtų tikslu sakyti, jog egzistuoja koks nors „testas" ar „kilmė", padedantys nuspręsti, kuris iš dviejų skirtingų mūsų politinių institucijų pateisinimų yra pranašesnis.

Šią mintį iliustruoja paprastas pavyzdys, kurį pateikiau anksčiau. Jeigu nesutariu su kitu teisininku, kokią reliatyvią galią reikia teikti senesniems precedentams, aš raginsiu imtis teisės teorijos, kuri laikosi mano argumentacijai palankaus požiūrio į precedentą. Galėčiau sakyti, kad precedento doktrina tarnauja lygybei prieš įstatymą ir kad traktavimo paprastumas tampa ne toks svarbus ir net nepagrįstas didėjant laiko tarpui tarp dviejų atvejų. Jis gali atsakyti, kad precedento tikslas yra ne tiek užtikrinti tokio paties sprendimo priėmimą, kiek numatyti koks bus sprendimas, o tai geriausiai pasiekiama ignoruojant amžiaus perskyrą tarp precedentų. Kiekvienas iš mūsų nurodys į bylos sprendimo ypatybes, kurios paremia vieną, o ne kitą. Jeigu vienas iš mūsų neras jokių ypatybių, tada, kaip sakiau cituotoje pastraipoje, jo argumentacija bus silpna. Tačiau pasirinkimas kurio nors iš mūsų požiūrių priklausys ne tik nuo ypatybių, kurias kiekvienas iš mūsų gali aptikti, kiekio. Jis priklausys taip pat nuo moralinių argumentų, kuriuos galiu pateikti pareigos vienodai vertinti panašius atvejus, kaip ir siūlo mano argumentas, naudai, nes tezė, kad ši pareiga pateisina precedentą, remiasi prielaida, jog tokia pareiga egzistuoja.

Aš nenoriu pasakyti, kad neįmanoma rasti argumentų pasirinkti vieną teisės teoriją, o ne kitą. Priešingai, kadangi aš atmetu diskrecijos doktriną, kurią aprašysiu kitame skirsnyje, remiuosi prielaida, kad *galimi* įtikinami argumentai atskirti vieną teoriją kaip pranašesnę už kitą. Tačiau šie argumentai turi apimti argumentus apie normatyvinės politinės teorijos dalykus, tokius kaip visuomenės įsipareigojimo lygybei kilmę, kurie peržengia pozityvistinę sprendimo motyvacijos, svarbios sprendžiant, kas yra teisė, ribų sampratą.

Institucinės atramos testas nepateikia mechaniško ar istorinio, ar morališkai neutralaus pagrindo, leidžiančio kurią nors vieną teisės teoriją laikyti įtikinamiausia. Iš tiesų ji net pavienio teisininko neįgalina atskirti teisės principų komplekso nuo jo bendresnių moralinių ar politinių principų. Jo teisės teorija paprastai apima beveik visą politinių ir moralės principų, kuriems jis yra įsipareigojęs, kompleksą; išties sunku prisiminti bent vieną socialinės ar politinės moralės principą, turintį autoritetą jo bendruomenėje ir jo asmeniškai akceptuojamą, – išskyrus tuos, kurie atmetami dėl konstitucinių motyvų, – kuris nerastų kokios nors vietos ir neturėtų tam tikro svarumo išplėtotoje įstatymų visumos pateisinimo schemoje. Taigi pozityvistas galėtų akceptuoti institucinio sprendimo testą kaip testą, atliekantį jo galutinio teisės testo vaidmenį, tik atmesdamas visą kitą savo pirminį scenarijų.

Jeigu taip, tuomet tokios pasekmės teisės teorijai yra pakankamai reikšmingos. Jurisprudencija kelia klausimą: kas yra teisė? Dauguma teisės filosofų yra mėginę atsakyti į šį klausimą, identifikuodami *standartus,* kurie iš tikrųjų figūruoja argumentacijoje juridinių teisių ir pareigų vardu. Tačiau jeigu tokio baigtinio standartų sąrašo neįmanoma sudaryti, tuomet būtina rasti kokį nors kitą būdą atskirti juridinėms teisėms ir pareigoms nuo kitos rūšies teisių ir pareigų.

4. AR TEISĖJAI TURI TURĖTI DISKRECIJĄ?

Dabar dar kartą turiu aptarti antrąją iš dviejų pozityvizmo strategijų, kurias išskyriau ankstesnio skirsnio pradžioje. Tai argumentas, jog kai teisėjai nesutaria dėl principo dalykų, jie nesutaria ne dėl to, ko reikalauja teisė, o dėl to, kaip jie turėtų pasinaudoti savo diskrecija. Kitaip tariant, jie nesutaria ne dėl to, kokia yra jų pareigos spręsti esmė, o dėl to, kaip jie turėtų spręsti, atsižvelgdami į visas aplinkybes, jei jų nesaisto pareiga spręsti tik vienaip arba kitaip.

Pirminiame straipsnio variante mėginau paaiškinti, kad šis argumentas iš tikrųjų priklauso nuo tam tikros, diskrecijos sąvokoje glūdinčios dviprasmybės. Diskusijose apie pareigą šią sąvoką vartojame

trimis skirtingais būdais. Pirma, mes sakome, kad žmogus turi diskreciją, jeigu jo pareigą apibrėžia standartai, kuriuos protingi žmonės gali interpretuoti skirtingai, kaip kad seržantas turi diskreciją, jeigu jam sakoma pasiimti į sargybą penkis labiausiai patyrusius vyrus. Antra, mes sakome, kad žmogus turi diskreciją, jeigu jo sprendimas yra galutinis ta prasme, kad jokia aukštesnė valdžia negali peržiūrėti ir atmesti to sprendimo, kaip kad sprendimas, ar žaidėjas buvo nuošalėje, yra paliktas žaidimo teisėjo diskrecijai. Trečia, mes sakome, kad žmogus turi diskreciją, kai tam tikras kompleksas standartų, kurie nustato jo pareigas, iš tikrųjų nepretenduoja nustatyti konkrečios pareigos, reikalaujančios priimti tam tikrą sprendimą, kaip kad nuomos sutarties sąlyga leidžia nuomininkui pasirinkti, ar pratęsti sutartį.

Aišku, kad jeigu jokia socialinė norma vienareikšmiškai nereikalauja tam tikro teisinio sprendimo, ir profesionalai nesutaria, koks sprendimas iš tikrųjų reikalingas, tuomet teisėjai turės diskreciją pirmąja iš šių prasmių, nes jie turės parodyti iniciatyvą ir pasinaudoti savo sprendimo galia, o ne tiesiog taikyti nustatytą normą. Taip pat aišku, kad jei tai yra teisėjai, sudarantys aukščiausią apeliacinį teismą, jie turės diskreciją antrąja prasme. Tačiau jei nesame akceptavę socialinės normos teorijos griežčiausia forma, pagal kurią pareigos ir atsakomybė gali kilti tik iš socialinių normų, negalime daryti išvados, kad šie teisėjai turi diskreciją trečiąja prasme. Teisėjas gali turėti diskreciją sykiu pirmąja ir antrąja prasmėmis ir vis tiek būti teisus suvokdamas savo sprendimą kaip susiduriantį su jo kaip teisėjo pareigos problema, kurią jis gali spręsti atsižvelgdamas į įvairius, jo supratimu, reikšmingus dalykus, leidžiančius apmąstyti, ko gi iš jo reikalaujama. Jeigu taip, tuomet šis teisėjas neturi diskrecijos trečiąja prasme, t. y. ta prasme, kurią turi pagrįsti pozityvistas, jeigu jis nori parodyti, kad teisėjo pareigą apibrėžia vien tik galutinė socialinė norma arba socialinių normų kompleksas.

Razo neįtikino mano argumentas[1]. Jis pakartoja mano padarytą perskyrą tarp šių trijų diskrecijos prasmių, tačiau pakartojęs jos ne-

[1] Raz, 843 ir t. t. Žr. MacCallum, *loc. cit.*

paiso. Atrodo, jis mano, kad aš turėjau galvoje štai ką. (i) Teisėjai neturi sprendimo diskrecijos, kai jie visi sutaria, kad tam tikras principų kompleksas turi sprendžiamąją reikšmę. (ii) Taip kartais būna net tada, kai jokia teisės norma neapima tam tikro atvejo. (iii) Todėl teisėjai niekuomet neturi diskrecijos tada, kai jokia norma neapima tam tikro atvejo.

Tai klaidingas argumentas; laimė, jis ne mano. Teisėjai kartais vieningai sutaria dėl principų komplekso. Tačiau net tada, kai jie nesutaria principų klausimu, jie neretai traktuoja šį klausimą kaip teisėjo atsakomybės problemą, t. y. kaip klausimą, ką daryti yra jų kaip teisėjų pareiga. Tokiu atveju jie turi diskreciją pirmąja mano išskirtąja prasme, tačiau tai neturi reikšmės. Jie vis tiek nemano turį diskreciją trečiąja prasme, o būtent ši prasmė yra svarbi.

Kas skatino Razą nepaisyti mano perskyrų? Jis teigia, kad bet kuri teisinė sistema turi elementų, kurie lemia štai ką: jeigu teisėjai turi diskreciją pirmąja prasme dėl to, kad jokia socialinė norma nei tiesiogiai, nei netiesiogiai nediktuoja rezultato, kurį jie turi pasiekti, tuomet jie taip pat turi turėti diskreciją trečiąja prasme, o tada jų sprendimas negali būti teisėjo pareigos dalykas. Teisėjai gali tai klaidingai suvokti: jie gali netinkamai vartoti pareigos terminą. Tačiau, Razo žodžiais, mes neturime skleisti klaidų vien dėl to, kad jos yra populiarios. Vis dėlto būtina parodyti, kad tai yra klaidos, o Razas to nedaro. Kokiais argumentais jis galėtų remtis?

Razo polinkis diskreciją pirmąja prasme paversti diskrecija trečiąja prasme yra labai būdingas teisės filosofams[1]. Turime pamėginti nustatyti jo kilmę. Kai teisėjo laukia sudėtingas sprendimas, jis dar prieš pradėdamas savo tyrimą turi daryti prielaidą, kad iš principo esama tokių trijų galimybių. Standartų grupė, į kurią jis turi atsižvelgti, reikalauja iš jo spręsti ieškovo naudai arba atsakovo naudai, arba nereikalauja jokio sprendimo, bet leidžia kurį vieną. Jis taip pat turi pripažinti, kad tam tikru mastu jam gali būti neaišku, kuri iš šių trijų galimybių iš tikrųjų yra realizuotina; tokiu atveju jis turi apsispręsti

[1] Jis ryškus visuose 6-oje išnašoje nurodytuose straipsniuose.

remdamasis argumentais, kurie jam atrodo stipriausi. Tačiau toks netikrumas galėtų kilti ir trečiosios galimybės atveju, lygiai kaip pirmųjų dviejų atveju; teisė gali suteikti jam diskreciją trečiąja prasme, diskreciją priimti vieną arba kitą sprendimą, tačiau klausimas, ar ji suteikia šią diskreciją, yra klausimas apie tai, ką teisinė medžiaga, ją sutelkus, siūlo, ir įmanoma, jog dėl to, ar medžiaga pateisina tą sprendimą, lygiai taip pat gali nebūti *jokio* tikrumo, kaip ir dėl kitų dviejų galimų sprendimų.

Panašu, kad Razas mano, jog jeigu nėra aišku, kuri galimybė – pirmoji ar antroji – yra suvokta, iš to reikia daryti išvadą, kad yra suvokta trečioji. Kitaip tariant, jis mano, kad jeigu teisėjas nėra tikras, kieno naudai – ieškovo ar atsakovo – priimti sprendimą, darytina išvada, kad jis turi būti tikras, jog jis turi diskreciją nuspręsti vieno arba kito naudai. Aš galiu įsivaizduoti tik du argumentus, kurie galėtų paremti tokią netikėtą išvadą.

Pirmasis priklauso nuo anksčiau mano nusakytos moralės filosofijos prielaidos, pagal kurią pareigos iš principo negali būti kontroversiškos. Razas daro šią prielaidą, nes jo argumentacijos atramos taškas yra tas, kad teisėjai gali nesutarti dėl principų, ir ypač dėl jų svarumo, o išvada – ta, kad teisėjai turi turėti diskreciją ta prasme, kurią aš neigiu juos turint. Tai yra *non sequitur,* jeigu nedarome ko nors panašaus į minėtą prielaidą, tačiau, kaip sakiau, mes neturime pagrindo manyti, kad ta prielaida galioja, kai atmetame griežtąją socialinės normos teorijos versiją.

Antrasis argumentas remiasi kitokia prielaida, būtent ta, kad kiekvienoje teisinėje sistemoje yra sprendimo norma, patvirtinanti, jog teisėjai sunkiosiose bylose turi diskreciją. Kai kurios teisinės sistemos tokią normą gali naudoti. Tačiau Anglijos ir Amerikos sistemos jos nenaudoja. Jose nėra tokio pobūdžio eksplicitiškos normos, o teisėjų elgesys, kaip pripažįsta ir Razas, čia taip pat nerodo, kad kokia nors tokio pobūdžio norma būtų pripažįstama implicitiškai.

Priešingai, nuostata, jog teisėjai turi diskreciją trečiąja prasme vienu ar kitu klausimu, mums yra nuostata, kuri argumentacijos balanse turi būti įvertinta teigiamai, o ne vien negatyviai, „nesant

kitų sąlygų" *(by default)*. Kartais teisėjai prieina tokią išvadą; pavyzdžiui, skelbdami nuosprendžius pagal baudžiamuosius įstatymus, kurie numato maksimalią ir minimalią bausmę, arba kai skelbia bausmės sušvelninimą, laikydamiesi bendrojo teisingumo jurisdikcijos. Tokiais atvejais teisėjai mano, kad nė viena iš šalių neturi teisės į jokį konkretų sprendimą; jie identifikuoja savo užduotį kaip sprendimo, kuris apskritai, atsižvelgiant į viską, yra geriausias, pasirinkimą, ir čia jie kalba ne apie tai, ką jie privalo daryti, o apie tai, ką turėtų *(should)* daryti. Tačiau daugumoje sunkiųjų bylų teisėjų požiūris būna kitoks – toks, kokį jau nusakiau anksčiau. Jie suvokia savo nesutarimą kaip nesutarimą dėl to, kokių standartų jiems draudžiama arba privalu laikytis, arba dėl to, kokį reliatyvų svarumą jie privalo priskirti tiems standartams, remiantis tokiais argumentais kaip argumentai, kuriuos nusakiau ankstesniame skirsnyje, iliustruodamas institucinių atramų teoriją. Tokiais atvejais kai kurie teisėjai pasisako už pirmąją iš mano minėtųjų galimybių, kiti – už antrąją, dar kiti yra neapsisprendę; tačiau visi atmeta trečiąją. Akivaizdu, jog nesama net užuomazgų jokios socialinės normos, kuri diskreciją, reikalaujančią sprendimo galios, konvertuoja į diskreciją, nenumatančią pareigos.

5. AR NORMOS IŠ TIESŲ SKIRIASI NUO PRINCIPŲ?

2-ame skyriuje normas atskyriau nuo principų pagal skirtingą šių dviejų tipų standartų galią argumentacijoje. Mano tikslas buvo dvejopas: pirma, atkreipti dėmesį į perskyrą, kurią maniau esant svarbią norint suprasti, kaip argumentuoja teisininkai, ir, antra, atkreipti dėmesį į tai, kad kai kurie iš standartų, į kuriuos apeliuoja teisininkai ir teisėjai, kelia tam tikrų problemų pozityvizmui, nes tų standartų negali apimti fundamentinis teisės testas, toks kaip Harto pripažinimo taisyklė. Šie du tikslai yra skirtingi; net jeigu tą konkrečią loginę perskyrą tarp normų ir principų, kurią teigiu, galima parodyti esant ydingą, vis vien gali būti, kad standartų, tokių kaip tie, kuriuos mi-

nėjau, kad ir kaip jie būtų identifikuojami, ir nepaisant to, ar jie būtų priskiriami normoms, ar ne, negalima apimti jokiu tokio pobūdžio testu. Taigi jeigu man nepavyksta pagrįsti mano perskyros tarp normų ir principų, tai anaiptol nereiškia, kad mano bendrasis argumentas prieš teisinį pozityvizmą sugriūva.

Vis dėlto tebemanau, kad mano padarytoji perskyra tarp normų ir principų yra ir teisinga, ir svarbi, tad, suprantama, noriu ją apginti. Žinoma, nenoriu pasakyti, kad neteisinga daryti kitokias perskyras tarp teisinių standartų tipų, ar netgi kad darant šias perskyras, o ne tą, kurią aš padariau, yra neteisinga ar klaidinama vartoti „normos" ir „principo" terminus.

Pagrindinį Razo prieštaravimą mano perskyrai galima būtų nusakyti taip[1]. Aš argumentavau, kad principai, tokie kaip tie, kuriuos minėjau, konfliktuoja ir sąveikauja vienas su kitu, tad kiekvienas principas, svarbus tam tikrai teisės problemai, teikia pagrindą argumentacijai už tam tikrą sprendimą, tačiau jo nereikalauja. Taigi žmogus, kuris turi išspręsti problemą, turi įvertinti visus konkuruojančius ir konfliktuojančius principus, kurie reikšmingi tai problemai, ir apsispręsti dėl šių principų, o ne vieną iš kitų identifikuoti kaip „teisėtą". Razas nori pasakyti, kad iš tikrųjų šiuo būdu vienas su kitu konfliktuoja ne tik principai, bet ir normos, ir mano, kad šis faktas sužlugdo mano padarytą perskyrą. Jis pateikia pavyzdžius tiek iš moralinės, tiek iš teisinės argumentacijos. Aš savo ruožtu apsvarstysiu kiekvieną iš šių pavyzdžių grupių.

Razas turi omenyje, kad žmogus gali akceptuoti, kaip moralines normas savo elgesiui, ir normą, kad niekuomet negalima meluoti, ir normą, kad visuomet privalu tesėti savo pažadus. Jis pažymi, kad tam tikromis aplinkybėmis šios dvi normos gali konfliktuoti, ir žmogui, kuris akceptuoja jas abi, teks pasirinkti kurią nors vieną pagal tai, kuri iš jų tomis aplinkybėmis yra svaresnė arba svarbesnė, arba kokiu kitu pagrindu. Jis daro išvadą, kad moralės normos pavaldžios logikai, kurią aš nusakiau kalbėdamas apie principus, t. y. kad

[1] Žr. Raz, 829 toliau.

jos kreipia tam tikra kryptimi, nors ir nebūtinai išsprendžia kiekvieną moralinį klausimą.

Tačiau nors žmogus ir gali pritaikyti moralines normas savo elgesiui taip, kaip teigia šis argumentas, pirmiausia pažymėtina, jog vis dėlto dauguma žmonių, rimtai žiūrinčių į moralę, toli gražu nedaro nieko panašaus. Daugumai žmonių moralinis argumentas ar sprendimas yra argumentų už arba prieš tam tikro elgesio varianto moralumą pagrindimo dalykas, o ne apeliacija į normas, iš anksto nustatytas socialinio ar individualaus sprendimo. Moralus žmogus iš tiesų gali patirti sunkumų, kai turi pasirinkti melą ar pažado netesėjimą, tačiau iš to negalima daryti išvados, kad jis akceptavo normas, tarp kurių kyla konfliktas šiuo klausimu. Jis gali paprasčiausiai pripažinti, kad ir meluoti, ir netesėti pažado yra iš principo blogai.

Žinoma, jo problemą galėtume apibūdinti sakydami, kad jis buvo priverstas pasirinkti vieną iš dviejų moralės standartų, net jeigu ir pats taip neteigtų. Tačiau tokiu atveju, jeigu remiamės mano perskyra, turėtume sakyti, kad jis buvo priverstas apsispręsti dėl konkuruojančių principų, o ne normų, nes tai būtų tikslesnis jo situacijos nusakymo būdas. Jis pripažįsta, kad jokie moraliniai sumetimai patys savaime neturi visa pranokstančios ir nugalinčios įtakos ir kad bet koks motyvas, galintis būti argumentu prieš, tam tikromis aplinkybėmis galbūt turės nusileisti konkuruojančiai motyvacijai. Taigi kiekvienas filosofas ar sociologas, kuris nori savo moralinius įpročius perteikti standartų kodekso terminais, turi sakyti, kad jam moralė yra principo, o ne normos dalykas.

Tačiau gali būti, kad kas nors akceptuoja moralės normą savo elgesiui tuo būdu, kurį pateikia Razas. Pavyzdžiui, jis galėtų pasakyti, kad pats sau įsipareigojo niekuomet nemeluoti. Jeigu jis gali šiuo būdu akceptuoti vieną nesudėtingą moralės normą, tai gali akceptuoti ir kitas, o šios gali konfliktuoti tokiu būdu, kurį suponuoja svarstomasis pavyzdys. Tuomet būtų neteisinga pasitelkiant mano perskyrą sakyti, kad šis žmogus tiesiog akceptavo tam tikrus principus, kurie iš esmės gali konfliktuoti, nes tai neteisingai nusako jo požiūrį į tą keletą įsipareigojimų, kuriuos jis mano prisiėmęs. Įvai-

riems savo standartams jis mano įsipareigojęs kaip normoms, t. y. kaip nuostatoms, kurios tam tikromis jų apibrėžtomis aplinkybėmis reikalauja tam tikro elgesio varianto.

Tačiau savo pirminiame straipsnyje aš neneigiu, kad normų konfliktai galimi. Aš sakiau, kad mūsų teisinėje sistemoje tokie konfliktai būtų kritiniai atvejai *(occasions of emergency)*, atvejai, kurie reikalautų sprendimo, kaip nors radikaliai pakeičiančio standartų kompleksą. Išties šis nusakymas tinka ir šiam neteisiniam pavyzdžiui. Mūsų moralinis herojus, jei jis iš viso supranta sąvokas, kurias vartoja, išsprendęs savo konfliktą nebegali teigti, kad vadovavosi abiem savo standartais kaip nesudėtingomis normomis. Jeigu jis vis dėlto nori savo moralę pristatyti kaip nuoseklų kodeksą, jis gali pakeisti kurį vieną ar abu, kad jie numatytų konfliktą, arba gali pakeisti savo požiūrį vieno kurio ar abiejų atžvilgiu taip, kad jie būtų konvertuoti iš normų į principus. Jis gali nedaryti nei viena, nei kita, o kilus konfliktui, gali pasiskelbti susidūręs su moraline dilema ir nieko nedaryti arba mesti monetą, arba apsispręsti kokiu kitu iracionaliu būdu, kurio neleidžia teisinė sistema. Šiaip ar taip, šio neįprasto žmogaus elgesys toli gražu nekvestionuoja mano perskyros tarp normų ir principų, – priešingai, ją reikia jam paaiškinti.

Kitus savo pavyzdžius Razas ima iš teisės. Pavyzdžiui, jis atkreipia mūsų dėmesį į baudžiamosios teisės normas, kaip antai į normą, kuri draudžia grasinimą smurtu; ši norma, pasak jo, konfliktuoja su kita norma, kuri leidžia grasinimą smurtu būtinosios ginties atveju. Jis daro išvadą, kad tai dvi akivaizdžiai teisėtos teisės normos, kurios konfliktuoja tarpusavyje. Jis mano, kad konkrečiais atvejais, kai šios dvi normos konfliktuoja, kaip kad grasinimo smurtu būtinosios ginties atveju, teisėjas turi pasverti normas ir apsispręsti taikyti tą, kuri yra svarbesnė, o tokia visuomet bus norma, leidžianti pagrasinti smurtu būtinosios ginties atveju. Jis pateikia tai kaip pavyzdį dviejų normų, kurios konfliktuoja priimtinu būdu, ir be jokios kritinio atvejo įtampos, taip, kaip, mano teigimu, normos negali konfliktuoti.

Tačiau akivaizdu, kad šis pavyzdys grindžiamas keista konflikto samprata. Jeigu į baudžiamąjį kodeksą įeina bendra norma, nustatan-

ti, kad baudžiamoji atsakomybė niekada nebus taikoma už veiką, atliktą būtinosios ginties atveju, tai ši norma nekonfliktuoja su konkrečiomis normomis, apibrėžiančiomis konkrečius nusikaltimus, net jei šios konkrečios normos visai nemini būtinosios ginties. Bendrą normą dėl būtinosios ginties reikia suprasti kaip sakančią, jog, nepaisant konkrečių baudžiamosios teisės normų, joks veiksmas nelaikomas nusikaltimu, jeigu jis įvykdytas esant būtinajai ginčiai. Iš tiesų normos, teikiančios pagrindą bendrai gynybai *(general defences)*, dažnai formuluojamos būtent taip, tačiau net kai jos taip neformuluojamos, jos taip suprantamos. Tačiau norma, kuri numato kitos normos išimtį, nekonfliktuoja su ta kita norma, bent jau ne ta prasme, kad jeigu žmogus, apkaltintas smurto panaudojimu, įrodo, jog tai buvo būtinoji gintis, teisėjas susiduria su dviem normomis, tempiančiomis į priešingas puses, normomis, kurias jis, priimdamas savo sprendimą, kažkaip turi pasverti. Šios dvi normos, paimtos drauge, determinuoja rezultatą tokiu būdu, kuris nereikalauja iš teisėjo pasirinkti kurią nors vieną iš jų ar nustatyti jų reliatyvią svarbą.

Kas verčia Razą manyti, kad dvi normos konfliktuoja, net kai viena iš jų akivaizdžiai numato išimtį kitos atžvilgiu? Aš manau, atsakymo reikia ieškoti tame, ką jis sako apie įstatymų individualizaciją[1]. Jis mano, kad į jo argumentą, jog norma, draudžianti smurto panaudojimą, konfliktuoja su norma, leidžiančia smurtą būtinosios ginties atveju, aš atsakiau tvirtindamas, kad šios dvi normos iš tikrųjų yra tos pačios normos dalys. Jis sako, kad aš galėčiau taip teigti tik pripažinęs nepriimtiną teoriją dėl įstatymų individualizacijos, ir numatydamas tokią mano klaidą teigia, jog aš nepakankamai dėmesio kreipiu į bendresnę įstatymų individualizacijos problemą. Šiuo atžvilgiu jis pernelyg dosnus, nes tiksliau būtų sakyti, kad aš šiai problemai neskiriu iš viso jokio dėmesio. Iš tikrųjų aš nesiremiu argumentu, kad norma ir jos išimtis iš tiesų laikytinos viena norma, tačiau taip pat nebūčiau nusiteikęs teigti, kad iš tikrųjų jos yra būtinai dvi atskiros normos.

[1] Raz, 825 ir toliau.

Pats Razas blaškosi įstatymų individualizacijos teorijoje. Kartais individualizacijos teoriją jis traktuoja kaip ekspozicijos strategiją, t. y. paties aiškiausio tautos teisinės sistemos nusakymo strategiją. Aišku, pavyzdžiui, kad baudžiamosios teisės vadovėlio autoriui reikia dėstymo strategijos. Jam reikia atskirti *mens rea* doktriną nuo būtinybės doktrinos ir atskirti abi šias bendrąsias doktrinas nuo specifiškesnių normų, apie kurias jose užsimenama kaip apie apribojimus ir išimtis. Tačiau, nors kai kurios dėstymo strategijos, žinoma, gali būti iškreipiančios ar klaidinančios, nes aprašo teisę sunkiai apdorojama ar asimiliuojama forma, daugybė skirtingų strategijų gali būti maždaug vienodai kompetentingos.

Tačiau kartais atrodo, kad Razas mano, jog įstatymų individualizacijos problema yra sietina ne su išaiškinimo studentams ir teisininkams, kas yra teisė, strategija, o su grynai filosofiniu klausimu, kas yra teisė. Jis sako, kad tai formalios teisės struktūros problema, kuri yra svarbi teisės filosofui, o ne teksto autoriui. Šią centrinę problemą jis kelia taip: „Ką reikia laikyti viena išbaigta teise?“, ir pritaiko Benthamo samprotavimus šiuo klausimu. „Kas yra teisė? Kas yra teisės dalis? Reikia pažymėti, kad šių klausimų objektas yra *loginė, idealioji, intelektinė*, o ne *fizinė* visuma ...“[1]

Šis klausimas mus labai nutolina nuo teisinės ekspozicijos metodų: jis veda prie ribos, kur, kaip tvirtina dr. Razas, teisės teorijos gali suspindėti arba kristi priklausomai nuo teisingo atsakymo į klausimą „kas laikytina viena išbaigta teise?“[2] Manyčiau, čia nueita pernelyg toli. Įsivaizduokite, kad perskaitote storą knygą apie geologiją, ir aš paprašau jūsų pasakyti, kokia informacija yra toje knygoje. Jūs tai padarysite, pateikdami eilę teiginių. Tačiau dabar įsivaizduokite, kad aš pirmiausia jūsų paklausiu, kiek teiginių yra knygoje ir kokia teorija jūs rėmėtės juos skaičiuodami. Jūs palaikysite mane bepročiu, ne vien dėl to, kad klausimas yra beprasmiškai sunkus, tarsi aš jūsų būčiau paklausęs, kiek atskirų smėlio smiltelių esama paplūdimyje, ar

[1] Raz, 825.

[2] Raz, 825, 827–828.

dėl to, kad jis reikalauja sunkaus konceptualinio skirstymo, tarsi būčiau jūsų paklausęs, kiek žmogiškųjų būtybių yra grupėje, kurią sudaro moterys ankstyvuoju nėštumo etapu. Jūs palaikysite mane beprotiu dėl to, kad aš uždaviau absoliučiai neteisingą klausimą apie aptariamąją medžiagą. Knygoje yra labai daug informacijos; sakiniai yra priemonės perteikti tai informacijai, tačiau pasakytų sakinių skaičius priklausys nuo motyvų, kurie nepriklauso nuo informacijos turinio, – pavyzdžiui, nuo to, ar vartojamas bendrasis terminas „uolos“, ar atskirų uolienos rūšių pavadinimai.

Lygiai taip pat teisininkai pasitelkia normas ir principus, praneš-dami teisinę informaciją, ir klaidinga manyti, kad kuri nors principų ir normų formuluotė yra kanoniška. Tai galioja net ir tam, ką mes vadiname įstatyminėmis normomis, nes visuotinai žinoma, kad teisininkai dažnai iškreiptai perteikia įstatymo nustatytas normas, jeigu jie tiesiog atkartoja tą kalbą, kurią vartoja įstatymas. Du teisininkai tam tikro įstatymo galią *(effect)* gali nusakyti, vartodami skirtingus žodžius, ir vienas iš jų gali pasitelkti daugiau normų negu kitas; vis dėlto jie gali šitaip nusakyti ir tą patį dalyką.

Mano mintis buvo ne ta, kad „teisė“ apima fiksuotą standartų skaičių, iš kurių kai kurie yra normos, o kiti – principai. Iš tiesų aš noriu oponuoti idėjai, kad „teisė“ yra fiksuotas vienos ar kitos rūšies standartų kompleksas. Mano mintis veikiau buvo ta, kad kruopšti apžvalga motyvų, į kuriuos teisininkai turi atsižvelgti spręsdami tam tikrą juridinių teisių ir pareigų klausimą, apims nuostatas, turinčias principų formą ir galią, ir kad patys teisėjai ir teisininkai, pagrįsdami savo išvadas, dažnai vartoja teiginius, kuriuos reikia taip suprasti. Niekuo iš to, ką čia sakau, mano įsitikinimu, aš neįsipareigoju jokiai teisės ontologijai, besiremiančiai kokia nors individualizacijos teorija.

Aš iš tiesų sakiau, kad „išsamus“ teisės normos išdėstymas turėtų apimti jos išimtis ir kad normos teiginys, kuris ignoruoja išimtis, yra „neišbaigtas“. Šią mintį būčiau pateikęs kitaip, jei būčiau žinojęs Razo priekaištą. Būčiau nedviprasmiškai pasakęs, kad išimtis gali būti formuluojama ir kaip atskira norma, tokia kaip būtinosios ginties norma, ne tik peržiūrint pirminės normos formuluotę. Tačiau jei bū-

čiau taip sakęs, būčiau turėjęs taip pat nedviprasmiškai nurodyti, kad tas skirtumas yra daugiausia išdėstymo dalykas. Perskyra tarp normų ir principų lieka nepajudinta. Aš galiu reziumuoti teisės korpusą, suformuluodamas normą, tokią kaip norma, kad grasinimas smurtu yra nusikaltimas, bei sudarydamas nustatytų išimčių sąrašą. Jeigu mano reziumė yra išbaigta, tai kiekvienas, grasinęs smurtu, padarė nusikaltimą, jeigu netaikoma mano nurodyta išimtis; jeigu jis nėra kaltas, tuomet arba aš suklydau, arba pasikeitė teisė. Tačiau principo atveju yra kitaip. Tarkime, aš sakau, kad iš principo negalima turėti naudos iš savo blogo elgesio, tačiau kas nors jos turi. Mano teiginio nereikia koreguoti ir netgi nereikia suderinti su naujausiais pakeitimais, nes kas nors tikrai gali turėti naudos iš savo blogo elgesio, derama šių terminų prasme ne tik tada, kai taikoma pripažinta išimtis, bet ir tuomet, kai jo atvejo ypatybės kviečia pasitelkti kokį nors kitą, naujai pripažintą principą ar politinę nuostatą, kuri keičia situaciją.

Keistą Razo požiūrį į konfliktus lemia būtent jo antrasis, ontologinis, nusistatymas įstatymų individualizacijos klausimu. Jeigu rimtai žiūrime į idėją, kad teisės normos tam tikra forma yra „išsamios" ir „išbaigtos", kyla pagunda manyti, jog išsamūs ir išbaigti įstatymai yra ir nepriklausomi vieni nuo kitų, ir dėl to normą, apibrėžiančią grasinimą smurtu, reikia suvokti kaip paprastą nuorodą, jog žmonės, kurie padaro tam tikrus veiksmus, turi būti baudžiami. Tačiau jei teisės normos teiginį suvokiame tik kaip mėginimą nusakyti tam tikrų institucinių sprendimų teisinį efektą, mums nekyla pagunda teigti esant kokį nors tokio pobūdžio konfliktą. Tuomet paprasčiausiai sakysime, kad normai dėl grasinimo smurtu, kaip daugeliui normų, numatančių nusikaltimus, taikoma išimtis būtinosios ginties atvejais; tuomet nereikės sukti galvos dėl to, ar mes nusakėme vieną normą, ar dvi.

Prieš mano perskyrą Razas pateikia ir kitą argumentą, kurį aš ne visai suprantu. Jis argumentuoja, kad šią perskyrą žlugdo tai, kad normos gali konfliktuoti su principais; pavyzdžiui, žalingą nuosavybės teisių įgijimą *(adverse posession)* reguliuojančios normos gali būti suvokiamos kaip konfliktuojančios su principu, kad niekas negali

turėti naudos iš savo blogo elgesio. Aš nemanau, kad santykio tarp šių normų ir to principo pavadinimas konfliktu ką nors paaiškina. Faktas, jog tokios normos egzistuoja, yra, kaip sakiau, įrodymas, kad principas, pagal kurį niekas negali turėti naudos iš savo blogo elgesio, tikrai yra principas, o ne norma. Jeigu žalingą nuosavybės teisių įgijimą reguliuojančios normos vieną dieną būtų papildytos eksplicitišku įstatyminiu aktu arba nauju teisėjų išaiškinimu, tuomet vienas iš motyvų galėtų būti tas, kad tas principas pripažintinas turinčiu didesnę svarbą, negu jį manyta turint tuomet, kai buvo priimamos normos. Vis dėlto normas, reguliuojančias žalingą nuosavybės teisių įgijimą, net dabar galima sakyti *atspindint* principą, o ne *konfliktuojant* su juo, nes šios normos yra kitokio pavidalo nei jos būtų buvusios, jeigu principui nebūtų buvę teikiama visai jokio svarumo priimant sprendimą. Pavyzdžiui, ilgas laikas, paprastai privalomas norint pretenduoti įgyti nuosavybės teises žalingu būdu *(by adverse posession)*, būtų galėjęs būti kur kas trumpesnis, jeigu nebūtų suprantama, kad čia esama konflikto su principu. Iš tiesų vienas iš mano motyvų, paskatinusių daryti perskyrą tarp normų ir principų, buvo būtent noras parodyti, kad normos dažnai reprezentuoja tam tikrą kompromisą tarp konkuruojančių principų, ir ši mintis gali prapulti arba būti užgožta, jei pernelyg laisvai kalbėsime apie normų konfliktavimą su principais.

Šiaip ar taip, aš nesuprantu, kaip šis fenomenas gali sukelti abejonių dėl normų ir principų perskyros, kurią siekiu išlaikyti. Razas mano įrodęs, kad svarumą turi ir normos, ir principai, mat jis mano, kad kai normos konfliktuoja su principais, turi būti priimtas sprendimas, kam teikti pirmenybę, ir šis sprendimas turi būti daromas priskiriant svarumą normai ir tada sugretinant ją su principo svarumu. Tačiau akivaizdu, kad šis nusakymas normų ir principų sąveiką perteikia iškreiptai. Tarkime, jog teismas nusprendžia atšaukti nustatytą bendrosios teisės normą, pagal kurią neatsargiai pasakyti neteisingi teiginiai neužtraukia teisinės atsakomybės, ir apeliuoja į tam tikrą kiekį principų šiam sprendimui pateisinti, įskaitant principą, jog neteisinga, jei žmogus nukenčia dėl kito žmogaus blogo elge-

sio. Teismo sprendimą reikia suvokti kaip sprendimą, jog grupė principų, įskaitant ką tik paminėtą teisingumo principą, skatinančių pakeisti nustatytą normą, kaip grupė šiomis aplinkybėmis yra didesnio svarumo negu grupė principų, įskaitant *stare decisis* principą, kurie ragina išlaikyti normą nepakeistą. Spręsdamas, ar išlaikyti normą, teismas pasveria dvi principų grupes, taigi klaidinga sakyti, kad teismas sveria pačią normą vienos ar kitos principų grupės atžvilgiu. Išties, kai Razas nusako teisės arba moralės normos svėrimą, jis kalba apie pasvėrimą principų ir politinių nuostatų, kuriems tarnauja ta norma, nes būtent tai jis turi turėti galvoje, kai kalba apie normos „tikslą".

Aš negaliu atsakyti į visus kitus Razo straipsnio detalius argumentus, tačiau kai kuriuos iš jų norėčiau trumpai pakomentuoti.

(1) Razas teigia kitokią negu manoji perskyrą tarp normų ir principų[1]. Jam priimtinesnė perskyra, pagal kurią normos reikalauja reliatyviai specifiškų aktų, o principai – reliatyviai nespecifiškų aktų[2]. „Aktas yra labai nespecifiškas, – sako Razas, – jeigu jį galima atlikti įvairiais atvejais, visais tais atvejais atliekant labai daug heterogeniškų gimininių aktų"[3]. Tačiau toks nusakymas yra nepakankamas, nes Razas niekaip kitaip nekonkretizuoja savo kriterijų, taikomų „gimininių aktų" heterogeniškumui, tik pateikia pavyzdžių, o jo pavyzdžiai sukelia painiavą, užuot ką paaiškinę. Jis sako, kad nuostata, jog savo pažadus privalu tesėti, yra norma, ir šia nuostata iliustruoja savo tezę, kad normos gali konfliktuoti tarpusavyje. Tačiau patys skirtingiausi aktai skirtingomis aplinkybėmis gali būti aktai, kurie tesi pažadus, nes viską, ką žmogus gali padaryti, jis taip pat gali pažadėti padaryti. Kita vertus, Razas sako, jog „įstatymas, nurodantis teismams ir visiems viešosios valdžios pareigūnams saugoti žodžio laisvę", esąs principas. Tačiau visi aktai, kurių iš pareigūnų galėtų pareikalauti tas principas, būtų potvarkių davimo arba balsų skaičiavimo aktai, ir jie atrodytų tikrai ne mažiau, o labiau homogeniški

[1] Raz, 838 tt.
[2] Raz, 838.
[3] *Ibid.*

negu tie aktai, kurių iš jų kaip iš individų reikalautų pareiga tesėti visus savo pažadus. Žinoma, visi pažado tesėjimo aktai yra panašūs tuo, kad yra pažado tesėjimo aktai. Tačiau visi žodžio laisvės gynimo aktai ar net lygybės užtikrinimo aktai taip pat yra panašūs šia prasme. Tai, ar grupė aktų yra homogeniški, priklauso nuo nusakymo, kuriuo remiantis jie svarstomi, ir jeigu Razas nepasiūlo kanoninio aprašymo teorijos, mes negalime naudotis jo perskyra.

(2) Razas yra teisus teigdamas, jog kai kurie teiginiai, prasidedantys „Mūsų teisės principas yra tas, kad...", turėtų būti suprantami tiesiog kaip kitų standartų reziumė[1]. Tačiau jis klysta manydamas, kad šitaip turėtų būti suprantama ir teismo nuoroda į sutarties laisvės principą, pavyzdžiui, mano aptartoje *Henningsen* byloje. Priešingai, tokios nuorodos pripažįsta principo galią nustatant tam tikras juridines teises ir pareigas ir siekia įvertinti, o kartais ir apriboti tą galią.

(3) Razas neteisingai supranta mano mintį apie tokių žodžių kaip „protingas" *(reasonable)* vartojimą normose[2]. Aš nenorėjau pasakyti, kad tokių žodžių funkcija yra „suteikti teisei imunitetą" bendrosioms motyvacijoms, įkūnijamoms kai kurių principų[3]. Veikiau aš turėjau galvoje, kad jų funkcija yra atverti normas tam tikrų principų įtakai, tačiau tik kai kurių principų. Norma, kad neprotingi prekybos suvaržymai yra negaliojantys, lieka norma, jeigu visas neprotingas suvaržymas yra negaliojantis, net jei galima rasti kitų argumentų, kodėl ją reikia įgyvendinti, neužglaistant jos neprotingumo. Principas, kurį Razas nurodo kaip visokeriopai patvirtinantį tą normą, jog teismai paprastai neįgyvendina nesąžiningų sandorių, anot jo, yra tuo atžvilgiu kitoks. Šis principas numato, kad nesąžiningi sandoriai iš tiesų gali būti įgyvendinami, jei to reikalauja neįprastos aplinkybės; galbūt, pavyzdžiui, tada, kai neįmanoma rasti jokio kito būdo

[1] Raz, 837–838.
[2] Raz, 837.
[3] Raz, 850–851.

apginti nekaltus trečiuosius asmenis. Kitaip galėtų būti tuomet, jei įstatymų leidėjas būtų priėmęs normą, jog nesąžiningi sandoriai yra niekiniai ir priverstinai nevykdomi.

(4) Razas yra teisus manydamas, kad tik labai nedaugelis didelių bendruomenių vadovaujasi nuosekliu moralinių įsitikinimų kodeksu, tačiau jis neteisingai supranta tuos teisėjus, kurie apeliuoja į bendruomenės moralę, – jis juos kaltina propaguojant žalingą fikciją[1]. Jis neskiria dviejų bendruomenės moralinių standartų sampratų. Ta frazė gali būti nuoroda į įsitikinimų tam tikru klausimu konsensusą, kurį gali parodyti kad ir Gallup apklausa. Arba ji gali būti nuoroda į moralės principus, kurie grindžia bendruomenės institucijas ir įstatymus ta prasme, kad šie principai figūruotų įtikinamoje teisės teorijoje, tokioje, kokią aptarėme anksčiau šiame skyriuje. Šia prasme klausimas, ar principas yra bendruomenės principas, būtų užduotis argumentacijai, o ne ataskaitai, nors paprastai šis klausimas klausia apie principo svarumą, o ne apie jo autoritetą. Razo kritikuojami teisėjai šią sąvoką vartoja antrąja prasme, tačiau kartais jie pasitelkia tokią kalbą, kuri dera su pirmąja prasme. Jų nesugebėjimą pastebėti subtilaus skirtumo Razas klaidingai laiko veidmainyste. Ar negalėtume pasakyti, kad jo paties nesugebėjimas pastebėti tą skirtumą atspindi jo pasikliovimą socialinės normos teorija? Jeigu griežtoji šios teorijos versija būtų teisinga, tuomet nebūtų galima argumentuoti, kad savo tradicijomis ir institucijomis bendruomenė yra įsipareigojusi kokios nors pareigos moralumui, išskyrus moralumą, pripažįstamą jos vieningose socialinėse praktikose, kurios paprastai apima mažai reikšmingų dalykų. Tai, mano galva, yra pati svarbiausia socialinės normos teorijos implikacija jurisprudencijai ir pats įtikinamiausias pagrindas tvirtinti, kad ši teorija yra neteisinga.

[1] Raz, 828–829.

4. Sunkiosios bylos

1. ĮVADAS

Teisinis pozityvizmas siūlo sunkiųjų bylų teoriją. Kai tam tikros bylos neapima aiški teisės norma, jau nustatyta kokios nors institucijos, tuomet, pagal šią teoriją, teisėjas turi „diskreciją" spręsti bylą vienaip arba kitaip. Jo nuomonė surašoma tokia kalba, kuri iš pažiūros atrodo besiremianti prielaida, kad viena arba kita iš bylos šalių turi jau egzistuojančią *(preexisting)* teisę laimėti bylą, tačiau ši idėja tėra fikcija. Iš tikrųjų teisėjas sukuria naujas juridines teises ir tada jas retrospektyviai pritaiko sprendžiamajai bylai. Dviejuose pastaruosiuose skyriuose aš teigiau, kad ši sprendimo teorija yra visiškai neadekvati; šiame skyriuje nusakysiu ir ginsiu geresnę teoriją.

Aš argumentuosiu, kad net tada, kai jokia nustatyta norma neįgalina išspręsti bylos, viena iš šalių vis vien gali turėti teisę laimėti bylą. Teisėjo pareiga, net sunkiosiose bylose, lieka ta pati: atskleisti, kokios yra šalių teisės, o ne retrospektyviai kurti naujas. Tačiau išsyk turiu pasakyti, jog ši teorija anaiptol neteigia, kad egzistuoja kokia nors mechaninė procedūra, leidžianti įrodyti, kokios yra šalių teisės sunkiosiose bylose. Priešingai, mūsų argumentas suponuoja, kad mąstantys teisininkai ir teisėjai dažnai nesutars dėl juridinių teisių, lygiai kaip piliečiai ir valstybės pareigūnai nesutaria dėl politinių teisių. Šis skyrius nusako klausimus, kuriuos teisėjai ir teisininkai turi sau iškelti, tačiau negarantuoja, kad jie visi į šiuos klausimus atsakys vienodai.

Kai kurie skaitytojai galėtų paprieštarauti, jog jeigu neegzistuoja – net iš principo – jokia procedūra, leidžianti įrodyti, kokias juridines teises turi šalys sunkiosiose bylose, iš to darytina išvada, kad jos neturi jokių teisių. Šis prieštaravimas suponuoja ginčytiną bendrosios filosofijos tezę, anot kurios, joks teiginys negali būti teisingas, jeigu

jo negalima, bent jau iš principo, įrodyti esant teisingu. Nėra jokio pagrindo akceptuoti šią tezę kaip bendrosios tiesos teorijos dalį, ir yra rimtas pagrindas atsisakyti ją taikyti teiginiams apie juridines teises[1].

2. TEISIŲ TEZĖ

A. Principai ir politinės nuostatos

Nors bylų sprendimo teorijos tapo rafinuotesnės, dauguma populiarių teorijų bylų sprendimą vis dar laiko teisėkūros šešėlyje. Pagrindiniai šios istorijos kontūrai yra labai gerai žinomi. Teisėjai privalo taikyti teisę, kurią sukūrė kitos institucijos; jiems nedera kurti naują teisę. Tai yra idealas, tačiau dėl įvairių priežasčių jo neįmanoma visiškai realizuoti praktikoje. Įstatymai ir bendrosios teisės normos dažnai būna migloti ir turi būti interpretuojami prieš juos taikant naujoms byloms. Be to, kai kuriose bylose kyla klausimų, kurie yra tokie naujoviški, kad jų neįmanoma išspręsti net adaptuojant ar naujai išaiškinant egzistuojančias normas. Taigi teisėjai kartais turi kurti naują teisę, eksplicitiškai arba neatvirai. Tačiau tai darydami jie turi elgtis kaip atitinkamo įstatymų leidėjo pavaduotojai – išleisti įstatymą, kurį, jų manymu, jis būtų priėmęs, jeigu būtų numatęs iškilusią problemą.

Visa tai puikiai žinoma, tačiau šioje visuotinai žinomoje istorijoje slypi gilesnis subordinacijos lygmuo, kuris ne visuomet pastebimas. Anot išankstinio įsitikinimo, kai teisėjai kurs teisę, jie esą veiks ne tik kaip įstatymų leidėjo pavaduotojai, bet kaip pavaduojantis įstatymų leidėjas *(deputy legislature)*. Jie kurs teisę atsižvelgdami į tokius įrodymus ir argumentus, kokiais savo veiksmus remtų ta aukštesnioji institucija. Tai gilesnis subordinacijos lygmuo, nes kai jo paisome, bet koks supratimas apie tai, ką daro teisėjai sunkiosiose bylose, pasirodo parazitiškas pirmesnio supratimo atžvilgiu, supratimo apie tai, ką visą laiką daro įstatymų leidėjai. Taigi ši gilesnioji subordinacija yra konceptuali, ne tik politinė.

[1] Žr. 13-ą skyrių.

Tačiau iš tikrųjų teisėjai nei privalo būti, nei yra pavaduojančiu įstatymų leidėju, o labai gerai žinoma prielaida, kad peržengdami politinius sprendimus, jau priimtus kieno kito, jie kuria teisę, yra klaidinanti. Ji ignoruoja politinės teorijos fundamentinės perskyros svarbą, perskyros, kurią dabar supaprastinta forma pristatysiu. Tai perskyra tarp principo argumentų ir politinės nuostatos *(policy)* argumentų[1].

Politinės nuostatos argumentai pateisina politinį sprendimą, parodydami, kad sprendimas tarnauja kokiam nors bendruomenės kaip visumos kolektyviniam tikslui arba jį gina. Argumentas už aviatechnikos gamintojų subsidijavimą, pagal kurį subsidija pagerins nacionalinį saugumą, yra politinės nuostatos argumentas. Principo argumentai politinį sprendimą pateisina, parodydami, kad sprendimas gerbia arba užtikrina kokią nors individo ar grupės teisę. Argumentas antidiskriminacinių įstatymų naudai, tas, jog mažuma turi teisę į vienodą pagarbą ir rūpestį, yra principo argumentas. Šios dvi argumento rūšys neišeikvoja politinės argumentacijos galimybių. Pavyzdžiui, kartais politinis sprendimas, toks kaip sprendimas padaryti išskirtines pajamų mokesčio lengvatas akliesiems, gali būti ginamas kaip visuomenės kilnumo aktas arba kaip dorybė, o ne politinės nuostatos ar principo pagrindu. Tačiau principas ir politinė nuostata yra pagrindiniai politinio pateisinimo pagrindai.

Bet kokio sudėtingumo įstatymų leidybos programai pateisinti paprastai prireiks abiejų rūšių argumentų. Net programa, kuri daugiausiai yra politinės nuostatos dalykas, tokia kaip svarbių pramonės šakų subsidijavimo programa, gali pareikalauti principo elementų jos konkrečiam projektui pateisinti. Pavyzdžiui, ta programa gali numatyti vienodas subsidijas skirtingo pajėgumo gamintojams, remdamasi prielaida, jog silpnesnieji aviatechnikos gamintojai turi teisę nebūti išstumti iš verslo, vyriausybės įsikišimu, net jei pramonė be jų

[1] Perskyrą tarp principų ir politinių nuostatų aptariau 2-ame skyriuje. Labiau išplėtota argumentacija, kurią pateiksiu čia, yra patobulinimas: be kitų šios versijos pranašumų, minėtinas tas, kad ji užkerta kelią sugriauti šią perskyrą prisidengus tomis (dirbtinomis) prielaidomis, kurias nusakiau ankstesniame skyriuje.

būtų našesnė. Kita vertus, programa, kuri daugiausiai priklauso nuo principo, tokia kaip antidiskriminacinė programa, gali atspindėti suvokimą, kad teisės nėra absoliučios ir neturi galios, kai gresia labai rimtos politinės pasekmės. Pavyzdžiui, programa gali numatyti, kad sąžiningo įdarbinimo praktikos kriterijai negalioja, kai jie gali būti ypač destruktyvūs arba turėti neigiamų padarinių. Subsidijų atveju galėtume pasakyti, kad suteikiamos teisės yra generuojamos politinių nuostatų, o tikslinamos principų; antidiskriminacijos atveju jas generuoja principas, o tikslina politinė nuostata.

Aišku, kad politinės nuostatos argumentai, taip pat šių argumentų generuojamų programų priėmimas atitinka įstatymų leidėjo kompetenciją. Jeigu teismai yra pavaduojantis įstatymų leidėjas, tuomet ir jų kompetencija turėtų būti tokia pati. Žinoma, neoriginalūs teisminiai sprendimai, kurie tiesiog įgyvendina aiškias kokio nors tikrai galiojančio įstatymo nuostatas, visuomet yra pateisinami remiantis principo argumentais, net jei pats įstatymas atsirado iš politinės nuostatos. Tarkime, jog aviatechnikos gamintojas pareiškia ieškinį, norėdamas išsireikalauti subsidiją, kurią numato įstatymas. Jis argumentuoja turįs teisę į subsidiją; jo argumentas yra principo argumentas. Jis neargumentuoja, kad jei jis bus subsidijuojamas, padidės nacionalinis saugumas; jis netgi gali pripažinti, kad kai įstatymas buvo priimamas, jis buvo neteisingas politinių nuostatų požiūriu arba kad jis jau seniai turėjo būti panaikintas, jei paisoma politinių nuostatų. Jo teisė į subsidiją jau nebepriklauso nuo jokio politinės nuostatos argumento, nes įstatymas tai padarė principo dalyku.

Tačiau kai sprendžiama sunkioji byla, kai jokia nustatyta norma nediktuoja vieno sprendimo, tuomet gali atrodyti, kad tinkamas sprendimas gali būti generuojamas arba politinės nuostatos, arba principo. Pavyzdžiui, panagrinėkime problemą, kilusią nesenoje *Spartan Steel* byloje[1]. Atsakovo darbuotojai buvo sugadinę elektros kabelį, priklausantį elektros tiekimo bendrovei, kuri tiekė energiją ieškovui, ir ieškovo įmonė buvo uždaryta, kol kabelis buvo taisomas. Teis-

[1] *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co.*, [1973] 1 Q.B. 27.

mas turėjo nuspręsti, ar priteisti ieškovui ekonominių nuostolių, kuriuos lėmė neatsargus kito subjekto nuosavybės sugadinimas, kompensaciją. Sprendimo jis galėjo ieškoti arba keldamas klausimą, ar firma ieškovė turi teisę į atlyginimą, o tai būtų principo dalykas, arba klausiant, ar būtų ekonomiškai išmintinga atsakomybę už nelaimingus atsitikimus paskirstyti tuo būdu, kurį siūlo ieškovas, o tai yra politinės nuostatos dalykas.

Jeigu teisėjai yra pavaduojantys įstatymų leidėjai, tuomet teismas turi būti pasirengęs vadovautis antruoju argumentu, lygiai kaip ir pirmuoju, ir priimti sprendimą ieškovo naudai, jei tas argumentas tai siūlo. Būtent tai, mano supratimu, reiškia populiarioji idėja, kad teismas turi būti laisvas spręsti naujovišką bylą, tokią kaip *Spartan Steel* byla, politinės nuostatos pagrindu; ir iš tiesų lordas Denningas savo nuomonę toje byloje nusakė būtent taip[1]. Aš nemanau, kad jis turėjo galvoje principo argumento ir politinės nuostatos argumento perskyrą ta technine prasme, kurią dariau aš, tačiau bet kuriuo atveju jis nenorėjo atmesti politinės nuostatos argumento ta technine prasme.

Vis dėlto aš siūlau tezę, kad teisėjų sprendimai civilinėse bylose, net sunkiosiose bylose, tokiose kaip *Spartan Steel,* paprastai yra ir turėtų būti generuojami principo, o ne politinės nuostatos. Ši tezė, aišku, reikalauja daug argumentacijos, tačiau galėtume pažymėti, kad tam tikri politinės teorijos bei jurisprudencijos argumentai remia šią tezę net jos abstrakčia forma. Tie argumentai nėra lemiami, tačiau jie yra pakankamai stiprūs, kad patvirtintų tezės svarbą bei pateisintų dėmesį, kurio pareikalaus kruopštesnė formuluotė.

B. Principai ir demokratija

Pažįstama istorija, jog teisėjo sprendimo procesas turi būti subordinuotas teisėkūrai, remiasi dviem prieštaravimais teisėjo originalumui. Pirmasis argumentuoja, kad bendruomenę turi valdyti daugumos išrinkti ir jai atskaitingi vyrai ir moterys. Kadangi teisėjai pa-

[1] *Ibid.*, 36.

prastai nėra renkami ir praktiškai nėra atskaitingi elektoratui tuo būdu, kuriuo jam yra atskaitingi įstatymų leidėjai, atrodytų, jog teisėjai, kurdami teisę, pamina šį teiginį. Antrasis argumentuoja, kad jeigu teisėjai kuria naują teisę ir ją retroaktyviai taiko jau atsitikusiam atvejui, tuomet pralaimėjusi šalis bus baudžiama ne dėl to, kad pažeidė kokią nors ją saisčiusią pareigą, o dėl to, kad nusižengė naujai pareigai, sukurtai po įvykio.

Šie du argumentai drauge siekia paremti tradicinį idealą, pagal kurį sprendimas turi būti kiek įmanoma neoriginalus. Tačiau jie teikia daug stipresnius prieštaravimus teisėjų sprendimams, generuojamiems politinės nuostatos, nei tiems, kuriuos generuoja principas. Pirmasis prieštaravimas, anot kurio teisę turi kurti išrinkti ir atskaitingi pareigūnai, atrodo neturįs išimčių, kai apie teisę mąstome kaip apie politinį kursą *(law as policy)*, t. y. kompromisą tarp individualių tikslų ir siekių, orientuotų į bendruomenės kaip visumos gerovę. Toli gražu nėra aišku, jog tarpasmeninis naudos ar prioritetų palyginimas, kuriuo remiantis tokių kompromisų galima pasiekti objektyviai, yra prasmingas net ir teoriškai; tačiau bet kuriuo atveju praktiškai joks deramas apskaičiavimas nėra įmanomas. Taigi politinės nuostatos sprendimai turi būti priimami tam tikro politinio proceso keliu, proceso, organizuojamo taip, kad būtų pateikta korektiška įvairių interesų, į kuriuos privalu atsižvelgti, išraiška. Politinė atstovaujamosios demokratijos sistema šiuo požiūriu gali veikti tik indiferentiškai, tačiau ji veikia geriau negu sistema, kuri numato nerenkamus teisėjus, neturinčius pašto dėžutės arba nieko nežinančius apie lobistų bei spaudimo grupes ir kompromiso tarp konkuruojančių interesų ieškančius savo kabinetuose.

Antrasis prieštaravimas yra įtikinamas ir kaip argumentas prieš sprendimą, generuojamą politinės nuostatos. Mes visi sutariame, kad būtų neteisinga aukoti nekalto žmogaus teises dėl kokios nors naujos pareigos, sukurtos po įvykio; todėl atrodo neteisinga vieno individo turtą perduoti kitam tiesiog siekiant pakelti bendrą ekonomikos našumą. Tačiau būtent tik tokios formos politinės nuostatos argumentas būtų būtinas pateisinti sprendimui *Spartan Steel* byloje.

Jeigu ieškovas neturėtų jokios teisės į kompensaciją, o atsakovo nesaistytų pareiga ją pasiūlyti, teismo nutartis atsakovo turto sąskaita ieškovui atlyginti tik išmintingos ekonominės politikos labui būtų pateisinama.

Tačiau dabar tarkime, kad sprendimą sunkiojoje byloje, tokioje kaip *Spartan Steel,* teisėjas sėkmingai pateisina ne politine nuostata, o principu. Kitaip tariant, įsivaizduokite, kad jis pajėgus įrodyti, jog ieškovas turi teisę į patirtų nuostolių kompensavimą. Du ką tik nusakytieji argumentai teiks kur kas mažiau prieštaravimų tokiam sprendimui. Pirmasis yra ne toks svarbus, kai teismas sprendžia dėl principo, nes principo argumentas nedažnai remiasi prielaidomis apie įvairių bendruomenei būdingų reikalavimų ir interesų prigimtį bei intensyvumą. Priešingai, principo argumentas susitelkia į jį numatančios teisės proponento interesą, kurio pobūdis, kaip tariama, yra toks, kad subtilios bet kokio jam galinčio prieštarauti politinės nuostatos argumento perskyros tampa nebesvarbios. Todėl teisėjas, apsaugotas nuo politinės daugumos reikalavimų, kurios interesus ta teisė gintų, gali geriau įvertinti argumentą.

Prieš principo argumentą ir antrasis prieštaravimas teisėjo originalumui neturi reikšmės. Jeigu ieškovas turi teisę atsakovo atžvilgiu, tai atsakovas turi atitinkamą pareigą, ir būtent ši pareiga, o ne kokia nors nauja pareiga, sukurta teisme, pateisina jam priskiriamą pareigą atlyginti. Net jeigu joks ankstesnis eksplicitiškas įstatyminis aktas tokios pareigos jam nebuvo nustatęs, įgyvendinti šią pareigą nėra labiau neteisinga, negu būtų tuo atveju, jeigu ji būtų buvusi eksplicitiškai suformuluota, išskyrus vieną skirtumą.

Skirtumas, suprantama, tas, kad jeigu pareigą būtų sukūręs įstatymas, atsakovas būtų turėjęs galimybę gauti kur kas akivaizdesnę informaciją apie tą pareigą, ir tuomet būtų buvę galima kur kas pagrįsčiau tikėtis, kad jis savo reikalus tvarkys numatydamas galimas pasekmes, tačiau principo argumentas verčia mus visai kitaip pažvelgti į atsakovo teiginį, jog neteisinga kelti jam tokius reikalavimus. Jeigu ieškovas iš tikrųjų turi teisę į jam palankų teismo sprendimą, tai jis gali remtis savo teise. Jeigu yra akivaizdu ir neginčytina,

kad jis turi tą teisę, atsakovas negali tvirtinti, jog reikalavimai jo atžvilgiu yra neteisingi dėl to, kad netikėti, remdamasis vien tuo, kad ta teisė atsirado kitaip, ne paskelbimo įstatyme būdu. Kita vertus, jeigu ieškovo pretenzija yra abejotina, tai teismas privalo kelti tam tikru mastu netikėtus reikalavimus vienai arba kitai šaliai; ir jeigu teismas nusprendžia, kad, viską pasvėrus, ieškovo argumentas yra stipresnis, jis taip pat nuspręs, kad, viską pasvėrus, ieškovo lūkesčiai buvo labiau pateisinami. Žinoma, taip nuspręsdamas teismas gali klysti; tačiau šią galimybę sąlygoja ne argumentacijos originalumas, nes nėra jokio pagrindo manyti, jog teismas, varžomas reikalavimo, kad jo sprendimai būtų neoriginalūs, padarys mažiau principinių klaidų negu teismas, kurio nevaržo toks reikalavimas.

C. Jurisprudencija

Šie politiniai motyvai yra rimtas pagrindas giliau panagrinėti, ar teisėjų argumentų, net sunkiosiose bylose, negalima suprasti kaip principo generuojamų argumentų. Papildomą motyvą čia teikia viena gerai žinoma jurisprudencijos problema. Teisininkai mano, kad teisėjų, kuriančių naują teisę, sprendimus varžo teisinė tradicija, tačiau, nepaisant to, tie sprendimai yra individualūs ir originalūs. Sakoma, kad naujoviški sprendimai atspindi paties teisėjo politinę moralę, tačiau taip pat jie atspindi moralę, įsišaknijusią bendrojoje teisėje, moralę, kuri gali būti ir skirtinga. Tai, žinoma, tik teisės mokyklos retorika, tačiau ji reikalauja paaiškinti, kaip reikia identifikuoti ir suderinti tas skirtingas įtakas sprendžiant sunkiąją bylą.

Vienas populiarus šio klausimo sprendimas remiasi erdviniu vaizdiniu; jis sako, kad bendroji teisė teisėjo diskrecijos sritį susiaurina iki jo asmeninės moralinės kompetencijos, tačiau visiškai šios srities neeliminuoja. Tačiau šis atsakymas yra nepakankamas dėl dviejų priežasčių. Pirma, jis nepaaiškina to, kas geriausiu atveju yra provokatyvi metafora, – jog konkrečių sprendimų, kuriuos praeityje priėmė kiti teisėjai, masėje yra įsišaknijusi tam tikra moralė. Antra, jis siūlo aiškiai neadekvačią fenomenologinę teisėjo sprendimo sampratą. Teisėjai nesprendžia sunkiųjų bylų dviem etapais, pirma

apsižiūrėdami, kur baigiasi instituciniai suvaržymai, o tuomet atidėdami knygas į šalį ir priimdami savarankiškus sprendimus. Jų jaučiami instituciniai suvaržymai yra visa smelkiantys ir smelkia visą sprendimo procesą. Todėl reikalinga tokia asmeninės ir institucinės moralės samprata, kuri nebūtų tokia metaforiška ir geriau paaiškintų tą skvarbųjį poveikį.

Teisių tezė, anot kurios teisėjų sprendimai įgyvendina egzistuojančias politines teises, pateikia paaiškinimą, kuris yra labiau vykęs abiem klausimais. Jeigu ši tezė teisinga, tai institucinė istorija politinį teisėjų sprendimą veikia ne kaip suvaržymas, bet kaip to sprendimo ingredientas, nes institucinė istorija sudaro dalį konteksto, į kurį turi atsižvelgti bet koks įtikinamas sprendimas dėl individo teisių. Politinės teisės yra sykiu ir istorijos, ir moralės kūriniai: tai, į ką individas turi teisę, pilietinėje visuomenėje priklauso kartu ir nuo jos politinių institucijų praktikos, ir nuo jų teisingumo. Taip pašaliname tariamą įtampą tarp teisėjo originalumo ir institucinės istorijos: teisėjai turi priimti novatyvius sprendimus dėl šalių, stojančių prieš jų teismą, teisių, tačiau šios politinės teisės atspindi praeities politinius sprendimus, o ne oponuoja jiems. Kai teisėjas renkasi arba normą, nustatytą precedento, arba kokią nors naują normą, kurią mano esant teisingesnę, jis renkasi ne istoriją arba teisngumą. Veikiau jis daro sprendimą, kuris reikalauja tam tikro motyvų, paprastai derančių bet kuriame politinės teisės apsvarstyme, bet čia konkuruojančių, kompromiso.

Taigi teisių tezės teikiamas paaiškinimas, kaip teisėjai sunkiosiose bylose naudoja precedentą, yra geresnis negu tas, kurį siūlo bet kuri teorija, teikianti iškilesnę vietą politinėms nuostatoms. Teisėjai, kaip visi politiniai pareigūnai, yra politinės atsakomybės doktrinos subjektai. Ši doktrina pačia bendriausia forma teigia, kad politiniai pareigūnai turi daryti tik tokius politinius sprendimus, kuriuos galėtų pateisinti ta pati politinė teorija, kuri pateisina ir kitus jų siūlomus priimti sprendimus. Tokia bendrąja forma ši doktrina atrodo neutrali; tačiau net ir tokia forma ji yra nepalanki tam politinio administravimo stiliui, kurį įkandin Rawlso būtų galima pava-

dinti intuicionistiniu[1]. Ji smerkia sprendimų priėmimo praktiką, kuri atrodo gera, kai žiūrime izoliuotai, tačiau nesileidžia apibendrinama jokia visapusiška bendrųjų principų ir politinių nuostatų teorijai, kuri nuosekliai apimtų ir kitus, taip pat teisingais laikomus sprendimus. Tarkime, Kongreso narys balsuoja už tai, kad būtų uždrausti abortai, remdamasis tuo, jog žmogaus gyvybė bet kokia forma yra šventa, tačiau po to balsuoja už tai, kad apsigimusių kūdikių tėvams būtų leidžiama atšaukti medicininę priežiūrą, palaikančią tokių kūdikių gyvybę. Jis galėtų sakyti jaučiąs esant tam tikrą skirtumą, tačiau atsakomybės principas, griežtai taikant, neleis jam balsuoti ir už viena, ir už kita, jei jis negalės to skirtumo inkorporuoti į kokią nors jo nuoširdžiai išpažįstamą bendrą politinę teoriją.

Galėtume pasakyti, kad ta doktrina reikalauja artikuliuoto nuoseklumo. Tačiau šis reikalavimas yra reliatyviai silpnas, kai susiduriame su politinėmis nuostatomis. Politinių nuostatų įtaka politiniams sprendimams yra mechaninio pobūdžio *(aggregative)*, o atsakinga kolektyvinio tikslo siekimo strategija nebūtinai numato vienodą individų traktavimą. Taigi atsakomybės doktrina nesuponuoja išvados, jog jeigu įstatymų leidėjas vieną mėnesį paskiria subsidiją vienam aviatechnikos gamintojui, tai kitą mėnesį ji turi skirti subsidiją kitam gamintojui. Tačiau principų atveju ta doktrina reikalauja distribucinio nuoseklumo, siejančio bylą su byla, mat ji nepalanki idėjai, kad yra galima strategija, kuriai naudingesnis būtų nelygus tokios naudos paskirstymas. Pavyzdžiui, jeigu pareigūnas mano, kad kokia nors seksualinė laisvė yra individų teisė, tai jis privalo šią laisvę ginti taip, kad klasėje, sudaromoje individų, kuriuos jis mano turint tą teisę, nauda būtų paskirstyta deramai paisant lygybės. Jeigu jis vienai porai leidžia naudoti kontracepcijos priemones tuo pagrindu, kad antraip ši teisė būtų pažeista, tai, jeigu jis neatšaukia šio savo pirmesnio sprendimo, tokią pačią laisvę jis turi suteikti ir kitai porai. Jis negali sakyti, kad pirmasis sprendimas suteikė bendruomenei lygiai tiek seksualinės laisvės, kiek jai jos reikia, ir kad šiuo antruoju atveju jai jau nereikia daugiau tos laisvės.

---

[1] Žr. 10-ą skyrių.

Teisėjų sprendimai yra politiniai sprendimai, bent jau ta plačiąja prasme, kuri rūpi politinės atsakomybės doktrinai. Jeigu teisių tezė teisinga, tuomet ką tik padarytoji perskyra paaiškintų, bent jau labai bendra prasme, tą išskirtinį teisėjų dėmesį tiek precedentams, tiek hipotetiniams pavyzdžiams. Atsakomybės doktrinos požiūriu, principo argumentas gali suteikti pateisinimą konkrečiam sprendimui tik jeigu principą, kuriuo remiamasi, galima parodyti esant nuoseklų ankstesnių sprendimų, kurie nėra atšaukti, atžvilgiu ir sprendimų, kuriuos institucija yra pasirengusi priimti hipotetiškomis aplinkybėmis, atžvilgiu. Tai nieko nuostabaus, tačiau šis argumentas negaliotų, jeigu teisėjai savo sprendimus grįstų politinės nuostatos argumentais. Jie turėtų laisvę sakyti, kad tam tikrai politinei nuostatai gali būti adekvačiai pasitarnauta į ją atsižvelgiant konkrečioje sprendžiamoje byloje, pavyzdžiui, tiesiog paskiriant teisingą subsidiją kuriai nors sunkiai besiverčiančiai pramonei, tad nei ankstesnių sprendimų, nei hipotetinių ateities sprendimų nebereikėtų suprasti kaip tarnaujančių tai pačiai politinei nuostatai.

Nuoseklumas čia, žinoma, reiškia principo, kuriuo pasikliaujama, taikymo nuoseklumą, o ne tik tam tikros normos, skelbiamos to principo vardu, taikymo nuoseklumą. Pavyzdžiui, jei principu, kad niekas nėra saistomas pareigos kompensuoti būsimus ar netikėtus nuostolius, nulemtus jo neatsargumo, remiamasi siekiant pateisinti sprendimą atsakovo naudai *Spartan Steel* byloje, tai turi būti įrodyta, jog kitose bylose nustatyta norma, numatanti kompensaciją už neatsargius klaidingus teiginius *(negligent misstatements)*, dera su tuo principu; ne tik tai, jog norma, reguliuojanti neatsargiai išsakytą klaidingą teiginį, yra skirtinga norma negu ta, kuria remiamasi *Spartan Steel* byloje.

D. Trys problemos

Taigi šiuose politinės teorijos ir jurisprudencijos argumentuose randame tam tikrą paramą teisių tezei jos abstrakčia forma. Tačiau bet koks išsamesnis gynimas neišsivers be preciziškesnio nusakymo. Ši tezė reikalauja plėtotės trimis kryptimis. Pirma, ji remiasi bendra perskyra tarp individualių teisių ir socialinių tikslų, o ši perskyra reikalauja daug

daugiau aiškumo, negu jo teikia vien apibūdinimas pavyzdžiais. Be to, šią perskyrą dera suformuluoti taip, kad būtų atsakyta į štai kokią problemą. Kai politikai apeliuoja į individualias teises, jie turi galvoje didžiuosius teiginius apie labai abstrakčius ir fundamentalius interesus, tokius kaip teisė į laisvę arba teisė į lygybę, arba teisė į pagarbą. Šios didžiosios teisės neatrodo pravarčios sunkiųjų teisės bylų sprendimui, nebent išskyrus tik konstitucinę teisę; ir net kai jos yra pravarčios, jos atrodo pernelyg abstrakčios, kad turėtų daugiau argumentacinės galios. Jeigu teisių tezė nori nusisekti, ji turi parodyti, kaip bendra perskyra tarp principo argumentų ir politinės nuostatos argumentų gali būti išlaikyta to pobūdžio ir detalumo argumentų, kokie figūruoja teisinėje argumentacijoje. Šio skyriaus 3-iame skirsnyje pamėginsiu parodyti, jog šiam tikslui pasiekti pakanka deramai išplėtoti perskyrą tarp abstrakčių ir konkrečių teisių.

Antra, ši tezė siūlo precedento ir institucinės istorijos vaidmens sprendžiant sunkiąsias bylas teoriją. Tą teoriją reziumavau ankstesniame skirsnyje, tačiau ją dera išplėtoti ir iliustruoti, prieš išmėginant ją mūsų patirtimi apie tai, kaip teisėjai iš tikrųjų sprendžia bylas. Be to, ją reikia išplėtoti norint atsižvelgti į štai kokią problemą. Niekas nemano, kad teisė jos esamu pavidalu yra tobulai teisinga. Tarkime, jog tam tikra eilė precedentų iš tiesų yra neteisinga, nes juose neįgyvendinama kaip juridinė teisė kokia nors politinė piliečių teisė. Net jei teisėjas, spręsdamas kokią sunkiąją bylą, dėl šios priežasties nesutinka su tais precedentais, artikuliuoto nuoseklumo doktrina vis tiek iš jo reikalauja savo argumentą atverti jų įtakai. Gali atrodyti, kad jo argumentas negali būti principo argumentas, t. y. argumentas, skirtas įtvirtinti šalių politinėms teisėms, nes šį jo argumentą korumpuoja požiūris į precedentą – klaidinga nuomonė dėl to, kokios yra tos teisės. Norint apginti teisių tezę, reikia parodyti, kodėl šis pirmas įspūdis yra neteisingas. Nepakanka pasakyti, kad šis argumentas gali būti laikomas principo argumentu, nes jis įtvirtina juridines, skirtingas nuo politinių, bylos šalių teises. Teisių tezė suponuoja, jog teisė laimėti bylą yra kuo tvirčiausia politinė teisė, ir nors ši teisė yra akivaizdžiai skirtinga nuo kitų politinių teisių for-

mų, tokių kaip visų piliečių teisė į lygybę, vien šio skirtumo nurodymas nepaaiškina, kodėl tą teisę gali keisti nevykę ankstesni sprendimai. Siekiant suprasti šį teisinės argumentacijos bruožą, būtina atsižvelgti į specifiškas institucinių teisių ypatybes apskritai, kurias svarstau 4-ame skirsnyje, bei konkrečias juridinių teisių, kaip institucinių teisių porūšio, ypatybes, kurias svarstau 5-ame skirsnyje.

Tačiau mano pateikiamas institucinių ir juridinių teisių paaiškinimas atskleidžia trečią, atskirą problemą, su kuria susiduria teisių tezė. Tas paaiškinimas nedviprasmiškai parodo, jog teisėjai kartais turi priimti sprendimus dėl politinės moralės, kad galėtų nuspręsti, kokios yra bylos šalių juridinės teisės. Taigi teisių tezę šiuo pagrindu galima manyti esant atvirą pirmajam iš anksčiau minėtų kontrargumentų, kvestionuojančių teisėjo originalumą. Būtų galima sakyti, kad [teisių] tezė yra negalima apginti, nes ji palieka daugumą be teisės pačiai spręsti politinės moralės klausimus. Šį kontrargumentą svarstysiu 6-ame skirsnyje.

Taigi tokios yra trys problemos, kurias spręsti privalo bet koks išsamus teisių tezės išdėstymas. Jeigu tas išsamus išdėstymas parodys minėtus prieštaravimus tezei esant nevykusius, tai jis parodys tezę esant ne tokią radikalią, kokia ji galėjo pasirodyti iš pradžių. Ši tezė pateikia ne kokią nors naują informaciją apie tai, ką daro teisėjai, o naują būdą nusakyti tam, ką juos darant mes visi žinome; o šio naujo nusakymo privalumai yra ne empiriniai, o politiniai ir filosofiniai.

3. TEISĖS IR TIKSLAI

A. Teisių tipai

Principo argumentai yra argumentai, siekiantys pagrįsti individualią teisę; politinės nuostatos argumentai yra argumentai, siekiantys pagrįsti kolektyvinį tikslą. Principai yra teiginiai, nusakantys teises; politinės nuostatos yra teiginiai, nusakantys tikslus. Tačiau kas yra teisės ir tikslai, ir kuo teisės ir tikslai skiriasi? Sunku pateikti apibrėžimą, kuris nepaliktų klausimų. Pavyzdžiui, atrodo natūralu sakyti, kad žodžio laisvė yra teisė, o ne tikslas, nes piliečių teisė į šią laisvę

yra politinės moralės dalykas, ir kad karinės technikos gamybos augimas yra tikslas, o ne teisė, nes ji prisideda prie kolektyvinės gerovės, bet joks konkretus gamintojas neturi teisės į sutartį su vyriausybe. Tačiau tai nepadidina mūsų supratimo, nes teisės turėjimo sąvoka vartoja, o ne paaiškina teisės sąvoką.

Šiame skyriuje teisių ir tikslų perskyrą susiesiu su distribuciniu teiginių apie teises pobūdžiu bei su šių teiginių svarumu politinėje argumentacijoje, palyginti su konkuruojančiais teiginiais, kurių distribucinis pobūdis yra kitoks. Kitaip tariant, aš darysiu formalią perskyrą, kuri nesiekia parodyti, kokias teises iš tikrųjų turi vyrai ir moterys ar kad jie apskritai turi kokias nors teises. Veikiau ji pateikia gaires, padedančias nustatyti, kokias teises ta ar kita politinė teorija teigia kaip teises, kurias vyrai ir moterys turi turėti. Tiesa, ši formali perskyra siūlo kelią, kaip ieškoti atsakymo į fundamentalesnį klausimą: ji teigia, kad tai, kokias teises iš tikrųjų turi žmonės, atsiskleidžia ieškant argumentų, kurie pateisintų teiginius, turinčius prideramą distribucinį pobūdį. Tačiau pati savaime perskyra nepateikia tokių argumentų.

Pradėsiu nuo politinio siekio, kaip nespecifiško politinio pateisinimo, idėjos. Tam tikrą būklę politinė teorija laiko politiniu siekiu, jeigu, pagal tą teoriją, tai yra argumentas už tam tikrą politinį sprendimą, kuris, tikėtina, paskatins arba apgins tą siekiamą būklę, o argumentas prieš sprendimą kliudys tai būklei arba sukels jai grėsmę. Politinė teisė yra individualizuotas politinis siekis. Individas turi teisę į kokią nors galimybę, šaltinį ar laisvę, jeigu argumentu už politinį sprendimą laikoma tai, jog tas sprendimas, tikėtina, paskatins atsirasti arba apgins tą būklę, kuriai esant individas gali naudotis ta teise (net jei juo nepasitarnaujama jokiam kitam politiniam siekiui ir netgi kokiam nors politiniam siekiui nusižengiama), o argumentu prieš sprendimą laikoma tai, jog jis kliudys ar sukels grėsmę tai būklei, net jei tuo būtų pasitarnauta kokiam kitam politiniam siekiui[1]. Tikslas

[1] Asmenis kaip teisės subjektus *(legal persons)* laikau individais, kad galėčiau numatyti teises ir korporacijoms; taigi politinė teorija, specialias grupes, tokias kaip rasinės grupės, laikanti turinčiomis tam tikrą korporatyvinį statusą bendruomenėje, gali kalbėti apie grupines teises.

yra neindividualizuotas politinis siekis, t. y. būklė, kurios specifikacija nenumato kokios nors konkrečios galimybės arba šaltinio, arba laisvės konkretiems individams.

Kolektyviniai tikslai legitimuoja naudos ir atsakomybės naštos kompromisus bendruomenėje siekiant sukurti kokią nors visuotinę naudą bendruomenei kaip visumai. Ekonominis efektyvumas yra kolektyvinis tikslas: jis reikalauja tokio galimybių ir atsakomybės paskirstymo, kuris užtikrintų (vienaip ar kitaip apibrėžtą) didžiausią visuminę ekonominę naudą. Kokia nors lygybės koncepcija taip pat gali būti laikoma kolektyviniu tikslu; bendruomenė gali siekti paskirstymo, užtikrinančio, kad maksimalus turtas nebūtų daugiau nei dvigubai didesnis už minimalų turtą, arba, pagal kitokią koncepciją, kad jokios rasinės ar etninės grupės interesai nebūtų aukojami dažniau nei kitų grupių. Žinoma, bet koks kolektyvinis tikslas priklausomai nuo konkrečių faktų siūlys tam tikrą paskirstymą. Ekonominis efektyvumas, kaip tikslas, reikalaus, kad tam tikromis aplinkybėmis tam tikra industrija turi būti subsidijuojama, tačiau kitomis aplinkybėmis – baudžiama mokesčiais. Lygybė, kaip tikslas, tam tikromis aplinkybėmis siūlys tiesioginį ir visišką perskirstymą, tačiau kitomis – dalinį ir diskriminuojantį perskirstymą. Kiekvienu konkrečiu atveju paskirstomieji principai yra subordinuojami kokiai nors visuminės kolektyvinės gerovės koncepcijai taip, kad kai kokiam nors žmogui kokios nors naudos tenka mažiau, tai pateisinama parodant, jog šitai veda į didesnę visuotinę naudą.

Kolektyviniai tikslai gali būti, bet nebūtinai yra, absoliutūs. Bendruomenė gali siekti skirtingų tikslų vienu metu ir gali paaukoti dėl kompromiso vieną kurį tikslą kito labui. Pavyzdžiui, ji gali siekti ekonominio efektyvumo, bet sykiu ir karinio pajėgumo. Siūlomą paskirstymą tuomet determinuos dviejų politinių nuostatų suma, o tai suintensyvins galimų kompromisų operacijas bei kombinacijas. Kiekvienu atveju šios kompromiso operacijos ir kombinacijos teiks tam tikrą kiekį tarpusavyje konkuruojančių strategijų, palankių kiekvienam iš tikslų bei abiejų tikslų kombinacijai. Ekonominiam efektyvumui gali būti labai naudingas subsidijų suteikimas visiems ūkinin-

kams ir jų neteikimas nė vienam gamintojui, ir dar naudingesnis gali būti kai kuriems ūkininkams suteikimas dvigubai didesnių subsidijų, o kitiems nesuteikimas jokių. Bet kokį kolektyvinių tikslų kompleksą atitiks įvairios strategijos, o tikslų daugėjant, bus neįmanoma palaipsniui ar sumuojant bylą prie bylos nustatyti paskirstymą, kuris būtų naudingiausias tam ar kitam tikslų kompleksui. Tai, ar dvigubos subsidijos kai kuriems ūkininkams ir jų neteikimas kitiems yra gera politika, priklausys nuo daugelio kitų politinių sprendimų, kurie yra priimti ar bus priimti įgyvendinant labai bendras strategijas, kurias turi atitikti šis konkretus sprendimas.

Teisės taip pat gali būti absoliučios: politinė teorija, teisę į žodžio laisvę laikanti absoliučia, nepripažins jokios priežasties neginti šios laisvės, kurią, jos reikalavimu, turi turėti kiekvienas individas; t. y. nepripažins jokios priežasties neginti šios laisvės, nebent tai būtų neįmanoma. Teisės gali būti ir ne visiškai absoliučios; vienam principui gali tekti nusileisti kitam principui arba netgi neatidėliojamai būtinybei, tarnaujančiai politinei nuostatai, su kuria jis konkuruoja tam tikrų faktų klausimu. Jeigu teigiame, kad teisė nėra absoliuti, jos svarumą galima apibrėžti kaip jos pajėgumą atlaikyti tokią konkurenciją. Teisės *(right)* apibrėžimas implikuoja, jog ji negali būti nusverta net visų socialinių tikslų. Paprastumo dėlei galime reikalauti nevadinti teise *(right)* jokio politinio tikslo, kuris neturi tam tikro slenkstinio svarumo kolektyvinių tikslų apskritai atžvilgiu; pavyzdžiui, jeigu tai ne toks tikslas, kurio negalima atmesti, apeliuojant į bet kurį iš įprastų, rutiniškų politinio administravimo tikslų, o tik – apeliuojant į ypatingą neatidėliotinos būtinybės diktuojamą tikslą. Pavyzdžiui, įsivaizduokime, kad koks nors žmogus sako, jog jis pripažįsta žodžio laisvę, tačiau priduria, kad ją reikia paaukoti visada, kai jos realizavimas kelia nepatogumų visuomenei. Manyčiau, kad jis turi galvoje tai, jog jis pripažįsta visa smelkiantį kolektyvinės gerovės tikslą ir tik tokią žodžio laisvės distribuciją, kokią rekomenduoja tas kolektyvinis tikslas konkrečiomis aplinkybėmis. Jo politinę poziciją išsamiai paaiškina kolektyvinis tikslas; tariamoji teisė *(right)* nieko nepriduria, ir nėra jokios prasmės apskritai pripažinti ją teise.

Šie apibrėžimai ir perskyros įgalina suprasti, jog politinio siekio pobūdis – jo kaip teisės *(right)* arba tikslo statusas – priklauso nuo jo vietos ir funkcijos vieningoje politinėje teorijoje. Ta pati frazė pagal vieną teoriją gali nusakyti teisę *(right)*, o pagal kitą teoriją – tikslą, arba teisę, kuri pagal vieną teoriją yra absoliuti ir labai stipri, bet reliatyviai silpna – pagal kitą teoriją. Jeigu viešosios valdžios pareigūnas turi ką nors panašaus į rišlią politinę teoriją, kuria jis remiasi, kad ir intuityviai, pateisindamas tam tikrus savo sprendimus, tuomet ta teorija pripažins plačią įvairovę skirtingų tipų teisių, organizuotų kokiu nors būdu, priskiriančiu apytikrį reliatyvų svarumą kiekvienam tipui.

Pavyzdžiui, kiekviena adekvati teorija skirs pamatines teises *(background rights)*, t. y. teises, kurios teikia visuomenės abstrakčiąja prasme politinių sprendimų pateisinimą, ir institucines teises, kurios teikia tam tikros konkrečiai nurodomos politinės institucijos sprendimo pateisinimą. Tarkime, mano politinė teorija numato, kad kiekvienas žmogus turi teisę į kito nuosavybę, jeigu jam jos reikia labiau. Vis dėlto galėčiau pripažinti, kad jis neturi tokios įstatyminės teisės; kitaip tariant, galėčiau pripažinti, kad jis neturi institucinės teisės į tai, kad esamas įstatymų leidėjas išleistų aktą, pažeidžiantį konstituciją, mat toks įstatymas, kaip galima spėti, pažeistų konstituciją. Aš taip pat galėčiau pripažinti, kad jis neturi institucinės teisės į teisėjo sprendimą, išteisinantį vagystę. Net jeigu visa tai pripažinčiau, galėčiau išlaikyti savo pradinį pamatinį teiginį, argumentuodamas, jog žmonės kaip visuma būtų teisūs konstitucijos papildymu panaikindami nuosavybę ar galbūt sukildami ir visiškai nuversdami dabartinės formos valdžią. Aš teigčiau, kad kiekvienas žmogus turi išliekamąją *(residual)* pamatinę teisę, kuri pateisintų tuos aktus ar jų reikalautų, nors ir pripažįstu, kad jis neturi teisės į specifinius institucinius sprendimus tokių institucijų, kaip jos konstituotos šiuo metu.

Be to, kiekviena adekvati teorija pasitelks perskyrą tarp abstrakčių ir konkrečių teisių, taigi ir tarp abstrakčių ir konkrečių principų. Tai laipsnio skirtumas, tačiau aš aptarsiu santykinai aiškius pavyzdžius kiekviename iš dviejų šios perskyros projektuojamos skalės polių, taigi šią perskyrą traktuosiu kaip rūšių skyrimą. Abstrakti teisė

yra bendrasis politinis siekis, kurio formuluotė nenurodo, kaip tam tikromis aplinkybėmis jį reikia susilpninti arba palenkti kompromisui kitų siekių atžvilgiu. Didžiosios teisės, figūruojančios politinėje retorikoje, yra abstrakčios būtent tokia prasme. Politikai, kalbėdami apie žodžio laisvę arba teisę į orumą, arba į lygybę, neteigia, kad šios teisės yra absoliučios, bet taip pat nesvarsto jų įtakos konkrečiose sudėtingose socialinėse situacijose.

O konkrečios teisės yra politiniai siekiai, kurie yra preciziškiau apibrėžti, kad konkrečiau išreikštų savo svarumą kitų politinių siekių atžvilgiu tam tikrose situacijose. Tarkime, užuot tiesiog sakęs, kad piliečiai turi žodžio laisvę, aš sakau, kad laikraštis turi teisę publikuoti valstybės gynybos planus, sudarančius paslaptį, su sąlyga, kad ši publikacija nesukels tiesioginio fizinio pavojaus kariams. Mano principas palaiko tam tikrą konkretų sprendimą konflikto, kurį jis pripažįsta egzistuojant tarp abstrakčios žodžio laisvės ir konkuruojančių teisių – kareivių teisės į saugumą arba neatidėliojamų gynybos interesų. Abstrakčios teisės šiuo būdu teikia argumentus konkrečioms teisėms, tačiau konkrečios teisės teiginys yra labiau apibrėžtas negu bet koks abstrakčios teisės teiginys, kuriuo jis remiasi[1].

---

[1] Išsami politinė teorija taip pat turi pripažinti kitas dvi perskyras, kuriomis implicitiškai remiuosi šiame skyriuje. Pirmoji – perskyra tarp teisių valstybės atžvilgiu ir teisių bendrapiliečių atžvilgiu. Pirmosios teisės pateisina politinį sprendimą, kuris reikalauja iš kokios nors valdžios žinybos veiksnių, antrosios teisės pateisina sprendimą taikyti prievartą konkretiems individams. Gyvenamosios vietos minimumo teisė, jei ji apskritai akceptuojama, yra akceptuojama kaip teisė valstybės atžvilgiu. Teisė į nuostolių dėl sutarties pažeidimo atlyginimą arba teisė būti gelbėjamam nuo didelio pavojaus, jei rizika gelbėtojui yra minimali, yra teisė bendrapiliečių atžvilgiu. Žodžio laisvė paprastai yra viena ir kita. Apskritai atrodo keista teises, kurias piliečiai turi vienas kito atžvilgiu, apibrėžti kaip politines teises; tačiau čia tokiomis teisėmis domimės tik tiek, kiek jos pateisina įvairių rūšių politinius sprendimus. Aptariamoji perskyra neatitinka pamatinių ir institucinių teisių perskyros; pastaroji skiria asmenis ar institucijas, kurie turi priimti politinį sprendimą, pirmoji – tai perskyra tarp asmenų ar institucijų, kurias tas sprendimas kreipia veikti arba susilaikyti nuo veiksmo. Paprastos civilinės bylos, kurios yra principinis šios esė objektas, turi reikalą su teisėmis prieš bendrapiliečius; tačiau aš taip pat aptariu tam tikrus konstitucinės ir baudžiamosios teisės klausimus ir ten paliečiu taip pat ir teises valstybės atžvilgiu.

B. Principai ir nauda

Teisių ir tikslų perskyra neneigia tezės, neatsiejamos nuo populiariosios moralės antropologijos. Visiškai priimtina atrodo nuomonė, jog, kaip skelbia toji tezė, principai, kuriuos tam tikros bendruomenės nariai mano esant įtikinamus, bus priežastingai determinuoti tos bendruomenės kolektyvinių tikslų. Jeigu daug bendruomenės žmonių mano, kad kiekvienas individas turi teisę į tam tikrą minimalų kitų rūpestį, tai šį faktą – kaip kultūros istorijos dalyką – galima paaiškinti remiantis kitu faktu, tuo, jog tas įsitikinimas skatina jų kolektyvinės gerovės progresą. Jeigu koks nors naujoviškas teisių organizavimas galėtų būti naudingesnis jų kolektyvinei gerovei, tuomet, pagal tą tezę, turėtume tikėtis, kad per tam tikrą laiką jų moraliniai įsitikinimai taps palankūs tai naujai tvarkai.

Aš nežinau, kokiu mastu ši antropologinė teorija galioja mūsų visuomenėje ar bet kokioje visuomenėje. To, aišku, negalima patikrinti taip paprastai, kaip aš tai pateikiau, ir nematau pagrindo jos teiginį, jog teisės yra psichologiškai ir kultūriškai determinuotos tikslų, *a priori* laikyti įtikinamesniu už priešingą teiginį. Galbūt vyrai ir moterys kolektyvinius tikslus renkasi pagal kokią nors jau turimą nuovoką apie individualias teises, o ne apibrėžia teises atsižvelgdami į kolektyvinius tikslus. Bet kuriuo atveju svarbu tai, kad būtinai esama laikinės distancijos, kurios dėka kiekvienu dabartiniu momentu dauguma žmonių pripažins – bent jau konkrečiais atvejais – teisių ir tikslų konfliktą, kurį suponuoja bendroji dviejų politinių siekių rūšių perskyra.

Kitaip tariant, ši perskyra daro prielaidas tolesnei perskyrai – tarp tam tikros teisės stiprumo politinės teorijos kontekste ir priežastinio išaiškinimo, kodėl ta teorija numato tokią teisę. Tai formalus būdas nusakyti tam, ką čia turime galvoje, ir jis priimtinas tik tuomet, kai –

Antroji perskyra – perskyra tarp universalių ir specialių teisių; t. y. tarp teisių, kurias politinė teorija numato visiems bendruomenės individams, darydama išimtį tik tokiems fenomenams kaip negalia arba bausmė, ir teisių, kurias ji numato tik vienai bendruomenės daliai ar galbūt vienam nariui. Šioje esė remsiuosi prielaida, kad visos politinės teisės yra universalios.

kaip kad aš dabar suponuoju – galime identifikuoti tam tikrą politinę teoriją ir taip atskirti analitinį klausimą dėl to, ką ji numato, nuo istorinio klausimo, kaip ji radosi kaip tokia. Taigi perskyra tampa neaiški, jeigu, kalbėdami apie *bendruomenės* moralę, nespecifikuojame, kurią iš daugelio skirtingų bendruomenės moralės koncepcijų turime galvoje. Be kokios nors tolesnės specifikacijos negalime konstruoti net miglotos ar abstrakčios politinės teorijos, kaip bendruomenės bet kuriuo konkrečiu momentu teorijos, taigi negalime padaryti perskyros tarp priežasčių ir stiprumo, kuri yra analitiškai būtina norint suprasti principo ir politinės nuostatos sąvokas. Tad pasiduodame argumentui, kad antropologinė tezė sugriauna perskyrą tarp šių sąvokų; kalbame taip, tarsi galvoje turėtume kažkokią nuoseklią teoriją, kaip bendruomenės moralę; tačiau neigiame, kad ji skiria principą nuo politinės nuostatos, remdamiesi argumentu, kuris atrodo įtikinamas būtent dėl to, kad neturime galvoje jokios konkrečios teorijos. Kai pasitelkę kokią nors nuorodą į bendruomenės moralę paaiškiname, ką norime pasakyti, o paskui imamės identifikuoti, kad ir labai preliminariai, tai, ką laikome tos moralės principais, galutinai prisijaukiname antropologinį argumentą.

Tačiau esama politinių teorijų, kurios teises ir tikslus suvienija ne priežastingumo atžvilgiu, o padarydamos teisės *(right)* stiprumą priklausomą nuo jos, kaip teisės, galios lemti progresą kokio nors kolektyvinio tikslo link. Galvoje turiu įvairias normos utilitarizmu *(rule utilitarianism)* vadinamos etinės teorijos formas. Pavyzdžiui, anot vienos populiarios tos teorijos versijos, aktas yra teisė, jeigu bendras normos, reikalaujančios to akto, akceptavimas pagerins vidutinę bendruomenės narių gerovę[1]. Pavyzdžiui, politinė teorija gali numatyti žodžio laisvę, remdamasi hipoteze, jog bendras tos teisės akceptavimas teismuose ir kitose politinėse institucijose sąlygos didžiausią vidutinę bendruomenės naudą ilgalaikėje perspektyvoje.

Nepaisant to, ir tokioje teorijoje institucines teises galime atskirti

[1] Žr. Brandt, „Toward a Credible Form of Utilitarianism", kn.: H. Castenada and G. Nakhnikian (eds.), *Morality and the Language of Conduct* (1963) 107.

bent jau nuo kolektyvinių tikslų. Jeigu teorija numato, kad tam tikros institucijos pareigūnas yra teisus, priimdamas politinį sprendimą visuomet, kai tas sprendimas yra būtinas siekiant apginti kiekvieno individo laisvę kalbėti, kad ir koks būtų to sprendimo poveikis kolektyvinių tikslų atžvilgiu, ir neteisus, jei vengia jį priimti, – teorija numato žodžio laisvę kaip teisę. Nesvarbu, kad teorija reikalauja šios teisės remdamasi hipoteze, kad jeigu visos politinės institucijos įgyvendins tą teisę tokiu būdu, bus iš tikrųjų skatinamas progresas svarbaus kolektyvinio tikslo link. Svarbu tai, kad įsipareigojama tokiai valdžios schemai, kuri apeliaciją į teisę daro lemiamą konkrečiais atvejais.

Taigi nei antropologinė tezė, nei norminis utilitarizmas neteikia jokio kontrargumento prieš principo argumentų ir politinės nuostatos argumentų perskyrą. Kad parodyčiau, jog nestokoju apdairumo, turėčiau paminėti dar vieną galimą šios perskyros kvestionavimą. Įvairūs principo ir politinės nuostatos argumentai gali būti pateikti, kaip dažnai pasitaiko, vienam ir tam pačiam sprendimui paremti. Tarkime, pareigūnas nori pateikti argumentų už rasinę segregaciją viešose vietose. Jis gali pateikti politinės nuostatos argumentą, teigiantį, kad rasių sambūvis lemia daugiau visuotinio nepasitenkinimo nei palankaus nusiteikimo. Arba jis gali pateikti principo argumentą, apeliuojantį į teises tų, kurie galėtų būti nužudyti arba sužaloti desegregacijos sukelsimose riaušėse. Galima manyti, kad šių argumentų tarpusavio pakeičiamumas panaikina perskyrą tarp principo argumento ir politinės nuostatos argumento arba kad jis bent jau daro tą perskyrą ne tokią reikalingą štai dėl kokios priežasties. Tarkime, yra pripažįstama, kad teisė į rasinę lygybę yra tokia stipri, kad ji turėtų turėti prioritetą prieš visus politinės nuostatos argumentus, išskyrus pačius neatidėliojamiausius, o ją aukojantis kompromisas galimas tik tada, kai to reikalauja konkuruojantys principo argumentai. Toks pripažinimas būtų tuščias, jeigu visada būtų galima rasti principo argumentų, galinčių pakeisti politinės nuostatos argumentą.

Tačiau būtų klaida manyti, jog kadangi visada galima rasti kokį nors principo argumentą, galintį pakeisti politinės nuostatos argumentą, jis visuomet bus toks nenuginčijamas ir toks stiprus, koks

būtų buvęs atitinkamas politinės nuostatos argumentas. Jeigu kokios nors mažumos pretenzija į antidiskriminacinį įstatymą pati būtų pagrįsta politine nuostata ir dėl to ją būtų galima atmesti, apeliuojant į bendrąją visuotinę gerovę ar naudą, tuomet argumentas, kuris remiasi daugumos nepasitenkinimu ar apmaudu, galėtų būti pakankamai stiprus. Tačiau jeigu ta pretenzija remiasi teise į lygybę, kuri turi gauti viršų, jeigu jos nenusveria konkuruojantis principo argumentas, vienas toks konkuruojantis argumentas gali būti, kaip kad šiuo atveju, paprasčiausiai per silpnas. Išskyrus ypatingus atvejus, pavojus bet kurio konkretaus žmogaus gyvybei, keliamas adekvačiai reguliuojamos ir kontroliuojamos desegregacijos, bus labai mažas. Todėl galime pripažinti, kad konkuruojanti teisė į gyvybę šiuo atveju teikia tam tikrą argumentą, oponuojantį teisei į lygybę, ir vis dėlto tvirtinti, kad tas argumentas yra nepaisyti galimo svarumo; galbūt jis pakankamai stiprus sulėtinti desegregacijos tempą, tačiau nėra net ir tiek stiprus, kad jį labai sulėtintų.

C. Ekonomika ir principas

Deskriptyviniu aspektu teisių tezė tvirtina, jog teisėjų sprendimus sunkiosiose bylose apibūdina tai, jog jie generuojami principo, o ne politinės nuostatos. Pastaruoju metu publikuotus ekonominės teorijos ir bendrosios teisės santykio tyrimus galima suprasti kaip teikiančius priešingą išvadą: kad teisėjai beveik visada sprendžia remdamiesi politine nuostata, o ne principu. Tačiau turime rūpestingai atskirti du teiginius, kuriuos, kaip teigiama, pateikia tie tyrimai. Pirma, argumentuojama, kad galima įrodyti, jog beveik kiekviena norma, teisėjų išvystoma tokiose skirtingose srityse kaip deliktas, sutartis arba nuosavybė, tarnauja kolektyviniam tikslui, reikalaujančiam efektyvinti išteklių paskirstymą[1]. Antra, argumentuojama, kad tam tikrais atvejais teisėjai savo sprendimus eksplicitiškai grindžia ekonomine politine nuostata[2]. Nė vienas iš šių teiginių nesugriauna teisių tezės.

[1] Žr., pvz., R. Posner, *Economic Analysis of Law* (1972) 10–104.

[2] Žr., pvz., Coase, „The Problem of Social Cost", 3 J. Law & Econ. 1, 19–28 (1960).

Pirmasis teiginys nedaro nuorodos į teisėjų, kurie, spręsdami bylas, įtvirtino normas, skatinančias ekonominį efektyvumą, intenciją. Jis nesuponuoja, kad šie teisėjai suvokė savo normų ekonominę vertę ar net kad jie būtų pripažinę tą vertę kaip argumentą už jų sprendimus. Faktai daugiausiai pateikia priešingą išvadą. Pavyzdžiui, teismai, kurie puoselėjo nenusisekusią tarnautojų kolegialumo doktriną *(fellow-servant doctrine)*, manė, kad normos reikalauja teisingumas, o ne nauda, o jei norma buvo panaikinta, tai dėl to, kad kita teisininkų karta būtent argumentą teisingumo vardu, o ne argumentą naudos siekio vardu, ėmė manyti esant tobulintiną[1].

Jeigu šis pirmasis teiginys yra pagrįstas, tai kai kam jis gali atrodyti esąs svarbus ankstesniame skirsnyje nusakytos antropologinės tezės įrodymas. Kai kas manys, kad tai daro prielaidą, jog teisėjai ir teisininkai, atspindėdami to meto bendrąsias moralės nuostatas, manė, kad korporacijos ir individai turi būtent tas teises, kurias eksplicitiškas normos utilitarizmas įteisina kaip tarnaujančias visuotinei gerovei. Tačiau pirmasis teiginys taip pat sėkmingai gali sąlygoti mano minėtą priešingą išvadą, skelbiančią, jog mūsų dabartinės idėjos apie visuotinę gerovę atspindi mūsų idėjas apie individualias teises. Pavyzdžiui, profesoriaus Posnerio argumentacija palanki tam teiginiui, nes ji suponuoja tam tikrą efektyvaus išteklių paskirstymo sampratą. Jis sako, kad kokio nors deficitinio ištekliaus vertė konkrečiam individui matuotina pinigų kiekiu, kurį jis yra nusiteikęs už jį sumokėti, tad bendruomenės gerovė pakyla, kai kiekvienas išteklius yra rankose to, kuris gali mokėti daugiau negu bet kuris kitas, kad jį įsigytų[2]. Tačiau ši vertės samprata vargu ar yra savaime akivaizdi ir neutrali. Ji palanki politinei teorijai, giriančiai konkurenciją, tačiau kur kas nepalankesnė labiau egalitarinei teorijai, nes ji nepaiso neturtingųjų pretenzijų, norinčių išleisti mažiau pinigų dėl to, kad jie yra priversti leisti mažiau pinigų. Taigi regis, Posnerio vertės koncepciją galima suprasti ir kaip individualių teisių teorijos padarinį, ir

[1] Žr. Posner, „A Theory of Negligence", 1 *J. Legal Stud.* (1972) 29, 71.

[2] Posner, *Economic Analysis*, 4.

kaip jos priežastį. Šiaip ar taip, antropologinė pirmojo teiginio tezė nekelia jokios grėsmės teisių tezei. Net jei pripažįstame, kad teisėjo išpažįstama teisių teorija yra determinuojama kažkokios instinktyvios nuovokos apie ekonominę vertę, o ne atvirkščiai, mes vis viena galime argumentuoti, kad teisindamas sprendimus sunkiosiose bylose jis remiasi ta teorija, o ne ekonomine analize.

Tačiau antrasis mūsų išskirtas teiginys gali atrodyti esąs rimtesnis iššūkis. Teisėjai kai kuriais atvejais eksplicitiškai remiasi ekonomine politine nuostata, tačiau šių atvejų negalima paprasčiausiai laikyti faktais, patvirtinančiais antropologinę tezę. Learned Hando neatsargumo *(negligence)* teorija yra geriausiai žinomų tokios eksplicitiškos nuorodos į ekonomiką pavyzdys. Jis pasakė maždaug štai ką: testas, nustatantis, ar atsakovo aktas buvo nepagrįstas ir dėl to baustinas, yra ekonominis testas, kuris klausia, ar atsakovas būtų galėjęs išvengti avarijos sau mažesne kaina negu ta, kurią buvo galima tikėtis patirtų ieškovas avarijos atveju, atsižvelgiant ir į avarijos tikimybę[1]. Būtų galima sakyti, kad šis ekonominis testas teikia politinės nuostatos, o ne principo argumentą, nes jis sprendimą daro priklausomą nuo to, ar kolektyvinė gerovė būtų buvusi labiau paskatinta, leidžiant avarijai įvykti, ar išleidžiant tai, kas būtina, kad jos būtų išvengta. Jeigu taip, tuomet atvejai, kai eksplicitiškai naudojamas toks testas kaip Hando, kad ir kiek mažai tokių atvejų būtų, būtų kontrpavyzdžiai, prieštaraujantys teisių tezei.

Tačiau prielaida, kad koks nors ekonominis prognozavimas turi būti politinės nuostatos argumentas, nepaiso perskyros tarp abstrakčių ir konkrečių teisių. Abstrakčios teisės, kaip kad teisė kalbėti politinėmis temomis, neatsižvelgia į konkuruojančias teises; o konkrečios teisės atspindi tokios konkurencijos įtaką. Tam tikro pobūdžio bylose ekonomikos terminais nusakytas argumentas gali konkuruojančius abstrakčius principus paversti konkrečiomis teisėmis. Antai

[1] *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169, 173 (2d Cir. 1947). Coase'as (22–23) pateikia kitus pavyzdžius, daugiausia viešosios tvarkos pažeidimų atvejus, interpretuodamas doktriną, jog „pagrįstas" įsikišimas, sutrukdęs ieškovui disponuoti nuosavybe, nėra viešosios tvarkos pažeidimas.

principas, jog kiekvienas bendruomenės narys turi teisę į tai, jog kiekvienas kitas narys traktuotų jį su minimalia pagarba, kurios verta žmogiška būtybė[1]. Tai labai abstraktus principas: jis tam tikrais atvejais reikalauja tam tikro tų, kuriuos reikia ginti, interesų, ir tų, iš kurių principas reikalauja neįvardijamo rūpestingumo ir pagarbumo lygio, laisvės balanso. Natūralu, ypač kai naudojami ekonomikos terminai, kad deramas balansas apibrėžiamas lyginant šių dviejų šalių produkuojamo naudingumo sumas skirtingomis aplinkybėmis. Jeigu vienas žmogus atlieka veiksmą, kurį jis gali numatyti užgausiant kitą žmogų, kolektyvinė jų abiejų kartu produkuosima nauda labai nukentės dėl jo poelgio, vadinasi, jis nerodo deramo rūpestingumo ir pagarbos. Jeigu jis gali apsaugoti nuo sužalojimo arba apsidrausti nuo jo kur kas mažesne kaina arba efektyviau nei, pavyzdžiui, tai gali padaryti kitas, tuomet, jeigu jis nesiima šių atsargumo priemonių arba neapsidraudžia, – jis nerodo atsargumo ir rūpestingumo.

Toks argumentavimo būdas jokiu būdu nėra naujas, nors jo nusakymas ekonomikos terminais galbūt ir naujas. Filosofai seniai svarsto hipotetinius atvejus, testuojančius privalomą bendruomenės narių rūpestingumo vienas kito atžvilgiu lygį. Pavyzdžiui, jeigu vienas žmogus skęsta, o kitas gali jį išgelbėti minimaliai rizikuodamas, tuomet pirmasis turi moralinę teisę būti išgelbėtas antrojo. Šią nuostatą lengva pateikti ekonomine forma: jeigu kolektyvinė tos poros nauda smarkiai padidėtų skęstantįjį išgelbėjus, tai skęstantis žmogus turi teisę būti išgelbėtas, o gelbstintysis turi pareigą tai daryti. Žinoma, atitinkama teisinė nuostata gali būti kur kas sudėtingesnė. Ji gali nurodyti ypatingas aplinkybes, kuriomis esminis klausimas būtų ne tas, ar kolektyvinė tos poros nauda bus akivaizdžiai didesnė, o tik tas, ar ji padidės bent šiek tiek. Pastarąjį klausimą ji galėtų adresuoti, pavyzdžiui, tam atvejui, kai pozityvus vieno žmogaus aktas (priešingai

[1] Išsamesnis principo argumentas gali pateikti geresnį Hando testo pateisinimą, negu pateikia šis paprastas principas. Išplėtotą argumentą esu aprašęs pagal Rosenthalio programą skaitytų paskaitų cikle Nortvesterno universiteto Teisės mokykloje 1975 metų kovą. Tačiau paprastas principas teikia pakankamai gerą pateisinimą šiuo svarstymo momentu.

neveikimui) kelia tiesioginį ar numatomą asmens arba kito turto sužalojimo pavojų. Žinoma, jeigu teisių tezė yra teisinga, tai teisėjas galėtų apeliuoti į tą teisės nuostatą tik tuomet, jei pripažįsta, kad minimalios pagarbos principas teigia abstrakčią juridinę teisę; tačiau jeigu jis tai pripažįsta, tuomet gali pateikti savo argumentą ekonominio argumento forma, nepakeisdamas jo pobūdžio, t. y. principo argumento nepaversdamas politinės nuostatos argumentu.

Kadangi Hando testas bei analogiškas argumentas apie skęstančio žmogaus gelbėjimą yra konkuruojančių teisių kompromiso metodai, jie atsižvelgia į gerovę tik tų, su kurių abstrakčiosiomis teisėmis konkrečiu atveju susiduria. Jie nenumato erdvės bendruomenės apskritai nuostoliams ir naudai, svarstydami šiuos dalykus tik tiek, kiek tai atsispindi gerovėje tų, dėl kurių teisių sprendžiama. Nesunku įsivaizduoti argumentą, kuris nepripažintų šio apsiribojimo. Tarkime, kas nors argumentuoja, jog principą, reikalaujantį ištiesti pagalbos ranką, kai rizika yra minimali, reikia papildyti taip, kad sprendimas taptų priklausomas ne nuo kokios nors kolektyvinės gelbėtojo ir nelaimės aukos naudos funkcijos, o nuo ribinio naudingumo visuomenei kaip visumai, idant gelbėtoją saistytų pareiga atsižvelgti ne tik į reliatyvius pavojus, gresiančius jam pačiam bei nelaimės aukai, bet ir į reliatyvią socialinę kiekvieno iš šių pavojų reikšmę. Iš to galėtų būti daroma išvada, jog nesvarbus žmogus turi rizikuoti savo gyvybe, kad išgelbėtų banko prezidentą, bet banko prezidentui nedera vargintis ir bent pamėginti išgelbėti nieką *(a nobody)*. Šis argumentas – tai jau nebe principo argumentas, nes suponuoja auką neturint teisės į nieką, išskyrus savo lūkesčius, siejamus su bendrąja nauda. Hando formulė ir rafinuotesnės jos variacijos nėra šio pobūdžio argumentai; jie ne subordinuoja individualią teisę kokiam nors kolektyviniam tikslui, o numato konkuruojančių abstrakčios teisės teiginių aukojimo kompromisui mechanizmą.

Neatsargumo atvejai nėra vieninteliai atvejai, kai teisėjai, apibrėždami konkrečiąsias teises, kompromisui aukoja abstrakčiąsias teises. Pavyzdžiui, jeigu teisėjas apeliuoja į visuomenės saugumą arba į kokio gyvybiškai svarbaus ištekliaus negausumą kaip pagrindą apriboti

kokiai nors abstrakčiajai teisei, tai jo apeliaciją galima suprasti kaip apeliavimą į konkuruojančias teises tų, kurių saugumas bus paaukotas arba kurie gali netekti jiems priklausančios to ištekliaus dalies, jeigu abstrakčioji teisė bus paversta konkrečiąja. Jo argumentas yra principo argumentas, jeigu jis gerbia distributyvinius reikalavimus, keliamus tokiam argumentavimui, ir jeigu paiso apribojimo, minėto ankstesniame skirsnyje: kad konkuruojančio principo svarumas gali būti mažesnis negu atitinkamos politinės nuostatos. Kitokios rūšies pavyzdys yra gerai pažįstamas argumentas, jog tam tikrų bylų turi būti neleidžiama kelti, nes antraip teismai būtų „užversti" ieškiniais. Teismas mano, kad jeigu jis turėtų leisti šio tipo bylas, jis pristigtų laiko pakankamai sparčiai išnagrinėti kitas bylas, turinčias apginti teises, kurios, drauge paėmus, yra svarbesnės negu tos, kurias jis būtent dėl to siūlo laikyti nesvarstytinomis.

Šioje vietoje dera pažymėti tam tikras teisių tezės ribas. Ji galioja standartinėse civilinėse bylose, kai daroma prielaida, kad viena iš šalių turi teisę laimėti; tačiau kai tokia prielaida negalima, teisių tezė galioja tik asimetriškai. Kaltinamasis baudžiamojoje byloje turi teisę į sprendimą savo naudai, jeigu yra nekaltas, tačiau valstybė neturi lygiagrečios teisės į apkaltinamąjį nuosprendį, jeigu jis yra kaltas. Todėl teismas gali, pavyzdžiui, kokioje nors sunkiojoje byloje, testuojančioje įrodinėjimą reglamentuojančias normas, priimti sprendimą kaltinamojo naudai, remdamasis politinės nuostatos argumentu, kuris nenumato, jog kaltinamasis turi kokią nors teisę būti išteisintas. Aukščiausiasis teismas *Linkletter v. Walker* byloje[1] paskelbė, kad jo ankstesnis sprendimas *Mapp v. Ohio* byloje[2] buvo būtent toks sprendimas. Teismas paskelbė, kad jis pakeitė normas, leidžiančias pasitelkti neteisėtai gautus įrodymus ne dėl to, jog panelė Mapp turėjo kokią nors teisę į tai, kad tokie įrodymai, šiaip leistini, nebūtų naudojami, o tam, kad policininkai būtų atgrasyti nuo tokio įrodymų rinkimo būdo ateityje. Aš nenoriu pasakyti, kad konstitucinis

[1] 381 U.S. 618 (1965).
[2] 367 U.S. 643 (1961).

sprendimas, priimtas tokiu pagrindu, yra teisingas ar kad tai, kaip Teismas apibūdino savo ankstesnį sprendimą, buvo teisinga. Aš tik noriu atkreipti dėmesį, kaip baudžiamojo persekiojimo geometrija, nepriešpriešinanti prieštaraujančių teisių vienų kitoms kaip bylos šalių, skiriasi nuo standartinės civilinės bylos, kurioje teisių tezė galioja simetriškai.

4. INSTITUCINĖS TEISĖS

Teisių tezė numato, kad teisėjai sunkiąsias bylas sprendžia patvirtindami arba paneigdami konkrečiąsias teises, arba jų nepripažindami. Tačiau konkrečiosios teisės, kuriomis remiasi teisėjai, turi turėti dvi kitas charakteristikas. Jos turi būti institucinės, o ne pamatinės *(background),* teisės ir jos turi būti juridinės, o ne kokios kitos formos institucinės teisės. Todėl šiai tezei negalėsime pritarti ar jos patikrinti, kol išsamiau neišplėtosime šių perskyrų.

Institucinių teisių galima aptikti labai įvairaus pobūdžio institucijose. Šachmatų žaidėjas turi „šachmatų" teisę būti apdovanotas taškų turnyre, jeigu jis duoda matą priešininkui. Demokratijoje pilietis turi įstatyminę teisę į tai, kad įstatymai, būtini jo žodžio laisvei apsaugoti, būtų priimti. Šachmatų atveju institucines teises fiksuoja konstitutyviosios ir reguliatyviosios normos, skirtos vien tik žaidimui arba konkrečiam turnyrui. Šachmatai šia prasme yra autonomiška institucija; turiu galvoje tai, jog žaidėjai supranta, kad niekas iš jų negali pretenduoti į institucinę teisę tiesiogiai apeliuodamas į bendrąją moralę. Pavyzdžiui, niekas negali argumentuoti, kad jis nusipelnė teisę būti skelbiamas laimėtoju dėl savo bendro pobūdžio dorumo. Tačiau teisėkūra šia prasme tik iš dalies yra autonomiška. Esama specialių konstitutyviųjų ir reguliatyviųjų normų, kurios apibrėžia, kas yra įstatymų leidėjas ir kas jam priklauso, ir kaip vyksta balsavimas, ir kad jis negali instituciškai remti religijos. Tačiau šios normos, aiškiai skirtos teisėkūrai, retai kada yra pakankamos nustatyti, ar pilietis turi institucinę teisę į tai, kad būtų priimtas tam tikras įstatymas, pavyzdžiui, jos nenustato, ar jis turi teisę į minimalų darbo užmokestį nustatan-

čius teisės aktus. Iš piliečių tikimasi, kad jie, pasisakydami už tokias teises, pasitelks bendro pobūdžio politinės moralės argumentus.

Faktas, kad kai kurios institucijos yra visiškai autonomiškos, o kitos – iš dalies, implikuoja tai, ką minėjome anksčiau, – kad institucinės teisės, kurias pripažįsta politinė teorija, gali skirtis nuo jos numatomų pamatinių teisių. Tačiau tai nemenkina institucinių teisių tikrumo. Net jeigu laikomės nuomonės, kad vargšai turi abstrakčią pamatinę teisę į pinigus, paimtus iš turtingųjų, būtų neteisinga, o ne vien netikėta, jei šachmatų turnyro teisėjai piniginį prizą paskirtų skurdžiausiam varžybų dalyviui, o ne surinkusiam daugiausiai taškų. To nebūtų galima pateisinti sakant, jog kadangi turnyro numatomos teisės nusako tik sąlygas, būtinas turnyrą vadinti šachmatų turnyru, toks teisėjo poelgis yra pateisinamas, jei jis įteikdamas prizą nevartoja žodžio „šachmatai“. Dalyviai atėjo į turnyrą tikėdamiesi, jog galios šachmatų taisyklės; jie turi tikrą teisę į šių, o ne kokių kitų taisyklių įgyvendinimą.

Institucinė autonomija sergsti pareigūno institucinę pareigą nuo didžiosios dalies pamatinės politinės moralės. Tačiau kiek tokia apsauga įmanoma? Net turinčios visišką neliečiamybę institucijos, tokios kaip šachmatai, atveju kai kurios normos reikalaus interpretacijos ir išaiškinimo, iki pareigūnas jas galės įgyvendinti tam tikroje situacijoje. Tarkime, šachmatų turnyro taisyklė numato, kad teisėjas privalo skirti nuobaudą, jeigu vienas žaidėjas žaidimo metu „neprotingai“ erzina kitą. Taisyklės tekstas neapibrėžia, kas laikytina „neprotingu“ erzinimu; ji nenustato, ar, pavyzdžiui, žaidėjas, kuris nuolat šypsosi savo varžovui taip, kad jį sunervintų, kaip rusų didmeistris Talis kadaise šypsojosi Fisheriui, erzina jį neprotingai.

Žaidimo teisėjas, spręsdamas šį sudėtingą atvejį, nėra laisvas suteikti galią savo pamatiniams *(background)* įsitikinimams. Jis gali išpažinti politinę teoriją, pagal kurią individai turi teisę į vienodą gerovę nepriklausomai nuo intelektualinių gebėjimų. Tačiau jis klystų, jei šiuo įsitikinimu remtųsi spręsdamas sudėtingus atvejus, reguliuojamus normos, numatančios baudą. Pavyzdžiui, jis negalėtų sakyti, kad erzinamas elgesys yra protingas, nes dėl jo sumažėja intelektua-

linių gebėjimų įtaka žaidimo rezultatui. Dalyviai ir plačioji besidominčiųjų bendruomenė sakys, kad jo pareiga yra kaip tik priešinga. Kadangi šachmatai yra intelektualinis žaidimas, jis privalo baudą numatančią normą taikyti taip, kad apsaugotų, o ne statytų į pavojų, intelekto vaidmenį varžybose.

Taigi šachmatų teisėjo atveju turime pavyzdį pareigūno, kurio sprendimai dėl institucinių teisių yra suprantami kaip reguliuojami institucinių suvaržymų, net jei šių suvaržymų galia nėra aiški. Nemanysime, kad jis yra laisvas kurti teisę spragų vietoje, nepreciziškų normų „atviros struktūros" erdvėje[1]. Jeigu viena normos, numatančios baudą, interpretacija apsaugos žaidimo pobūdį, o kita – ne, tai dalyviai turi teisę į pirmąją interpretaciją. Šiame palyginti paprastame atvejyje galime tikėtis įžvelgti kokį nors bendrą institucinių teisių sudėtingais atvejais bruožą, kuris paaiškintų teisėjo sprendimo procesą sunkiojoje teisinėje byloje.

Sakiau, jog teisėjo sprendimai turi gerbti šachmatų žaidimo pobūdį. Ką tai reiškia? Iš kur teisėjas žino, kad šachmatai yra intelektualinis žaidimas, o ne atsitiktinumu grįstas lošimas arba pirštų baleto demonstravimas? Jis galėtų pradėti nuo to, ką žino kiekvienas. Kiekviena institucija jos dalyvių yra priskiriama tam tikrai labai apytikslei institucijos kategorijai; ji laikoma žaidimu, o ne religine apeiga ar pratybų forma, ar politiniu procesu. Šia prasme šachmatus apibrėžia tai, kad jie yra žaidimas, o ne pirštų mankšta. Šios konvencijos, įkūnijamos požiūrio, elgesio ir istorijos, yra lemiamos reikšmės. Jeigu visi šachmatus laiko atsitiktinumu grįstu lošimu ir dėl *en prise* keikia tik fortūną, tai šachmatai yra atsitiktinumu grįstas lošimas, tačiau tuomet – labai prastas.

Tačiau šios konvencijos bus nepakankamas pagrindas, jomis remdamasis teisėjas galbūt net negalės priimti sprendimo, jog esama pakankamo pagrindo išspręsti Talio šypsenos atvejį. Tačiau svarbu neišleisti iš akių to fakto, jog konvencijos stokoja galios ypatingu būdu. Jos yra ne neišbaigtos, nelyginant knyga, kuriai trūksta paskutinio

[1] Žr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961) 121–132.

puslapio, o abstrakčios, todėl jas gali suvokti tik tokia sąvoka, kuri priskirtina įvairioms sampratoms, t. y. *ginčijama (contested)* sąvoka[1]. Teisėjas turi pasirinkti vieną ar kitą iš šių sampratų ne tam, kad papildytų konvenciją, o tam, kad ją įgyvendintų. Jis turi *sukonstruoti* žaidimo pobūdį, iškeldamas sau įvairius sugrupuotus klausimus. Jeigu šachmatai yra intelektualinis žaidimas, ar jis, kaip pokeris, intelektualus kuria nors prasme, kuri apima psichologinio trikdymo gebėjimą? O gal jis, kaip matematika, intelektualus kuria nors prasme, kuri to gebėjimo nenumato? Ši pirma klausimų grupė iš jo reikalauja įdėmiau pažvelgti į žaidimą ir nustatyti, kad žaidimo bruožai patvirtina vieną, o ne kitą iš šių intelekto sampratų. Tačiau jis taip pat turi iškelti kitokių klausimų grupę. Jeigu šachmatai yra kokios nors rūšies intelektualinis žaidimas, kokia išvada iš to darytina apie pamatuotą elgesį šachmatų žaidime? Ar psichologinio trikdymo gebėjimas arba atsparumas tokiam trikdymui iš tikrųjų yra intelektinė savybė? Šie klausimai iš jo reikalauja įdėmiau pažvelgti į pačią intelekto sąvoką.

Žaidimo teisėjo svarstymai, jeigu jie yra apgalvoti, svyruos tarp šių dviejų klausimų grupių, progresyviai siaurindami klausimų, keliamų kiekvienoje tolesnėje stadijoje, ratą. Iš pradžių, reflektuodamas sąvoką, jis galėtų identifikuoti skirtingas intelekto sampratas. Pavyzdžiui, šioje pirmoje stadijoje jis gali teigti, kad ta fizinio grakštumo rūšis, kuri puoselėjama balete, yra viena iš inteligentiškumo formų. Tačiau po to jis turi testuoti tas skirtingas koncepcijas žaidimo taisyklių ir praktikų atžvilgiu. Šis testas atmes bet kokią fizinę inteligentiškumo koncepciją. Tačiau jis gali nežinoti, kokiu pagrindu remtis pasirenkant tarp koncepcijos, kuri numato psichologinį bauginimą, ir koncepcijos, kuri atmeta jį, mat bet kuri iš šių koncepcijų pateiks tokį normų ir praktikų paaiškinimą, kuris nėra akivaizdžiai pranašesnis už pateikiamą kitos, kad ir kokiais bendraisiais aiškinimo kanonais remiamasi. Tada jis turi savęs paklausti, kuris iš šių dviejų paaiškinimų teikia išsamesnį ar sėkmingesnį paaiškinimą to,

[1] Žr. Gallie, „Essentially Contested Concepts", 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* (1965) 167, 167–168. Taip pat žr. 10-ą skyrių.

kas iš tikrųjų yra intelektas. Šitaip suvokiami jo samprotavimai balansuoja tarp dvasios filosofijos ir institucijos faktų, kurių pobūdį jis turi išsiaiškinti.

Žinoma, tai tik fantastinė tikrovėje negalimo samprotavimo rekonstrukcija; bet kokio pareigūno nuovoka apie žaidimą bus išsiugdyta per ilgą karjerą, ir spręsdamas jis tiesiog pasitelks tą nuovoką, užuot ją eksponavęs. Tačiau ši rekonstrukcija padeda pamatyti, kaip žaidimo pobūdžio sampratą galima pritaikyti ypatingai institucinei problemai. Kai autonomiška institucija jau įkurta, taigi kai dalyviai turi institucines teises, reguliuojamas skirtingų tos institucijos normų, gali iškilti sudėtingų atvejų, kuriuos visiškai natūralu ir privalu manyti esant išsprendžiamus. Jeigu Talis neturi teisės į tai, kad žaidimas būtų tęsiamas, tai šitai turi būti sąlygota tos priežasties, kad baudą numatanti norma, teisingai suprasta, pateisina teisėjo įsikišimą; jeigu jis turi tą teisę, tuomet Fischeris savo ruožtu turi teisę laimėti. Šiuo atveju kalbėti apie teisėjo „diskreciją" visiškai beprasmiška. Jeigu galvoje turima kokia nors negriežta diskrecijos prasmė, tai ši pastaba yra tuščia; jeigu galvoje turima kokia nors griežta prasmė, t. y. jog Talis daugiau nebeturi teisės laimėti, tai šitai ir vėl turi būti sąlygota tos priežasties, kad teisingai suprasta norma panaikina teisę, kurią jis šiaip turėtų[1]. Tarkime, mes sakome, kad tokiu atveju viskas, ko šalys turi teisę tikėtis, yra tai, jog teisėjas optimaliai panaudos savo sprendžiamąją galią. Tam tikra prasme tai yra visiškai teisinga, nes teisėjo sprendimu jie negali gauti nieko, išskyrus jo geriausią sprendimą. Ir vis dėlto jie turi teisę į tai, kad jis optimaliai panaudos savo sprendžiamąją galią, spręsdamas, koks elgesys žaidimo aplinkybėmis yra neprotingas; t. y. jie turi teisę į jo geriausią sprendimą dėl to, kokios yra jų teisės. Nuostata, jog esama „teisingo" atsakymo į šį klausimą, nereiškia, kad šachmatų normos yra visa paaiškinančios ir vienareikšmės; veikiau tai yra sudėtingas teiginys apie žaidimo pareigūnų ir dalyvių atsakomybę.

Tačiau jeigu sprendimas sudėtinguoju atveju turi būti sprendimas

[1] Žr. 2-ą skyrių.

dėl šalių teisių, tai pareigūno motyvai pasirenkant tą sprendimą turi būti tos rūšies pagrindas, kuris pateisina teisės *(right)* pripažinimą arba paneigimą. Spręsdamas jis turi pasitelkti bendrąją teoriją, paaiškinančią, kodėl jo institucijos atveju normos apskritai kuria arba griauna kokias nors teises, ir turi įrodyti, kokio sprendimo ta bendroji teorija reikalauja sudėtinguoju atveju. Šachmatuose bendruoju institucinių teisių pagrindu turi būti nebylus šalių sutarimas arba supratimas. Ateidamos į šachmatų turnyrą, jos išreiškia sutikimą dėl tam tikrų ir tik tų taisyklių įgyvendinimo, ir sunku įsivaizduoti kokį nors kitą bendrą pagrindą, kuriuo remiantis galima teigti, kad jos turi kokias nors institucines teises. Tačiau jeigu tai yra tiesa ir jeigu sprendimas sudėtinguoju atveju yra sprendimas dėl to, kokias teises jie iš tikrųjų turi, tada argumentacija to sprendimo naudai turi taikyti tą bendrą pagrindimą ir sudėtingajam atvejui.

Galėtume sakyti, jog sudėtingasis atvejis kelia politinės teorijos klausimą. Jis klausia, ką sąžininga būtų laikyti žaidėjų sutarimu dėl baudą numatančios normos. Žaidimo pobūdžio sąvoka yra konceptuali priemonė suformuluoti šį klausimą. Tai ginčijama sąvoka, kuri internalizuoja bendrąjį institucijos pateisinimą taip, kad jis būtų palankus subtilioms perskyroms pačios institucijos viduje. Ji suponuoja, kad žaidėjas įsipareigoja laikytis ne tiesiog taisyklių komplekso, o projekto *(enterprise)*, kurį galima nusakyti kaip turintį savo ypatingą pobūdį; todėl norint atsakyti į klausimą, kam jis įsipareigoja įsipareigodamas šiam dalykui, reikėtų išstudijuoti projektą kaip visumą, o ne vien tik normas.

5. JURIDINĖS TEISĖS

A. Teisėkūra

Teisinis argumentas sunkiosiose bylose priklauso nuo ginčijamų sąvokų, kurių esmė ir funkcija yra labai panašios į žaidimo pobūdžio sąvokos. Tarp jų yra ir keletas substantyvių sąvokų, kurios pasitelkiamos formuluoti teisei, tokių kaip sutarties arba nuosavybės sąvokos. Tačiau tarp jų yra ir dvi čia plėtojamam argumentui labiau svar-

bios sąvokos. Pirmoji – tai konkretaus įstatymo ar jo straipsnio „intencijos", arba „tikslo" *(purpose)* idėja. Ši sąvoka yra tiltas tarp bendrosios idėjos, anot kurios įstatymai kuria teises, politinio pateisinimo ir tų sunkiųjų bylų, kurios klausia, kokias teises sukūrė tam tikras įstatymas. Antroji – tai pozityvias teisės normas „grindžiančių" arba jomis „besiremiančių" principų sąvoka. Ši sąvoka yra tiltas tarp doktrinos, anot kurios panašios bylos turi būti sprendžiamos panašiai, politinio pateisinimo, ir tų sunkiųjų bylų, kuriose yra neaišku, ko reikalauja ta bendroji doktrina. Šios sąvokos visos drauge juridines teises apibrėžia kaip politinių teisių funkciją, bet labai ypatingą funkciją. Jeigu teisėjas pripažįsta nustatytas savo teisinės sistemos praktikas – t. y. jeigu pripažįsta autonomiją, teikiamą jos aiškių konstitutyviųjų ir reguliatyviųjų normų, – tai jis pagal politinės atsakomybės doktriną turi pripažinti kokią nors bendrąją politinę teoriją, pateisinančią šias praktikas. Įstatymų leidėjo tikslo ir bendrosios teisės principų sampratos yra priemonės pritaikyti tą bendrąją politinę teoriją kontroversiškiems klausimams, susijusiems su juridinėmis teisėmis.

Todėl galėtų būti pravartu pasvarstyti, kaip filosofiškai nusiteikęs teisėjas galėtų tam tikrais atvejais išplėtoti teorijas apie tai, ko reikalauja įstatymų leidėjo tikslas ir teisės principai. Pamatysime, kad jis konstruotų šias teorijas taip pat, kaip filosofiškai nusiteikęs žaidimo teisėjas konstruotų žaidimo pobūdį. Šiam tikslui aš sukūriau antžmogiškų gebėjimų, išsilavinimo, kantrybės bei įžvalgumo teisininką, kurį vadinsiu Herakliu. Aš darau prielaidą, kad Heraklis yra teisėjas kokioje nors reprezentatyvioje Amerikos jurisdikcijoje. Darau prielaidą, kad jis pripažįsta pagrindines nekontroversiškas konstitutyviąsias ir reguliatyviąsias teisės normas savo jurisdikcijoje. Taigi jis pripažįsta, jog įstatymai turi bendrąją galią kurti ir panaikinti juridines teises ir kad teisėjus saisto bendroji pareiga paklusti ankstesniems jų teismo arba aukštesniųjų teismų sprendimams, kurių argumentacija *(rationale),* kaip sako teisininkai, aprėpia nagrinėjamą bylą.

1. *Konstitucija.* Tarkime, Heraklio jurisdikcijoje esama rašytinės konstitucijos, kuri numato, kad įstatymas negalioja, jeigu jis prote-

guoja religiją. Įstatymų leidėjas priima įstatymą, numatantį nemokamą pavežėjimą autobusu parapijos mokyklų vaikams. Ar ši parama proteguoja religiją?[1] Konstitucinės nuostatos tekstas gali paremti tiek vienokį, tiek kitokį požiūrį. Tačiau Heraklis turi nuspręsti, ar konkretus vaikas turi teisę į pavežėjimą autobusu.

Iš pradžių jis gali iškelti klausimą, kodėl konstitucija apskritai turi vienokią ar kitokią galią sukurti arba panaikinti teises. Jeigu piliečiai turi, kaip kad daugelis tiki turį, pamatinę teisę į išganymą per institucionalizuotą Bažnyčią, tai ši teisė turi būti svarbi. Kodėl faktas, jog grupė žmonių prieš keletą šimtmečių balsavo prieš, turėtų trukdyti šią pamatinę teisę paversti taip pat ir juridine teise? Jo atsakymas turi būti maždaug tokios formos. Konstitucija įtvirtina bendrąją politinę schemą, kuri yra pakankamai teisinga, kad ją būtų galima laikyti teisingumo požiūriu nusistovėjusia. Piliečiai naudojasi gyvenimo visuomenėje, kurios institucijos yra sutvarkytos ir valdomos pagal tą schemą, privalumais ir turi prisiimti taip pat įsipareigojimus, bent jau tol, kol diskretišku papildymu arba visuotine revoliucija galia suteikiama naujai schemai. Tačiau tada Heraklis turi paklausti, būtent kokia principų schema yra nusistovėjusi. Kitaip tariant, jis turi sukonstruoti konstitucinę teoriją; kadangi jis yra Heraklis, mes galime daryti prielaidą, kad jis gali išvystyti išsamią politinę teoriją, pagrindžiančią konstituciją kaip visumą. Tai turi būti schema, kurią, suprantama, atitiktų konkrečios tos konstitucijos normos. Ji negali numatyti stiprios pamatinės teisės į institucionalizuotą Bažnyčią. Tačiau specifišką nuostatą religijos atžvilgiu gali pakankamai sklandžiai atitikti daugiau negu viena išsamiai specifikuota teorija. Pavyzdžiui, viena teorija gali numatyti, kad valdžia yra neteisi, jei priima įstatyminę normą, sukelsiančią didelę socialinę įtampą arba netvarką; taigi, kadangi Bažnyčios institucionalizavimas sukels tokį padarinį, neteisinga įgalioti įstatymų leidėją institucionalizuoti Bažnyčią. Kita teorija numatys pamatinę teisę į religijos laisvę ir todėl argumentuos, kad institucionalizuoti Bažnyčią yra neteisin-

[1] Žr. *Everson v. Board of Educ.*, 330 U.S. 1 (1974).

ga ne dėl to, kad tai bus socialiai destruktyvu, bet dėl to, kad tai pažeidžia tą pamatinę teisę. Tokiu atveju Heraklis turi atsigręžti į likusias konstitucines normas ir nusistovėjusią praktiką, reguliuojamą tų normų, kad suprastų, kuri iš šių dviejų teorijų sklandžiau dera su konstitucine schema kaip visuma.

Tačiau teorija, kuri po šio testo pasirodys pranašesnė, vis viena bus nepakankamai konkreti išspręsti kai kurias bylas. Tarkime, Heraklis nusprendžia, kad nuostatą dėl protegavimo pateisina teisė į religijos laisvę, o ne kokios nors socialinės tvarkos tikslas. Lieka klausimas, kas, konkrečiau šnekant, yra religijos laisvė. Ar teisė į religijos laisvę numato teisę į tai, kad jūsų mokami mokesčiai nebūtų naudojami jokiam tikslui, kuris padeda išlikti religijai? Ar ji tiesiog numato teisę į tai, kad mokesčiai nebūtų naudojami vienos religijos labui nuskriaudžiant kitą? Jeigu teisinga pirma, tai nemokamo transportavimo įstatymas pažeidžia šią teisę, tačiau jei teisinga antra, – tada nepažeidžia. Institucinė normų ir praktikos struktūra gali būti nepakankamai detalizuota, kad galėtų atmesti kurią nors iš šių dviejų religijos laisvės koncepcijų arba vieną padaryti akivaizdžiai pranašesniu tos struktūros pateisinimu. Todėl kuriuo nors savo karjeros momentu Heraklis turės apsvarstyti šį klausimą ne tik kaip institucijos teorijos ir institucijos normų tarpusavio atitikimo klausimą, bet taip pat kaip politinės filosofijos klausimą. Jis turi nuspręsti, kuri koncepcija yra geresnis religijos laisvės bendrosios idėjos išplėtojimas. Jis turi išspręsti šį klausimą, nes antraip negalės pakankamai toli pažengti, vykdydamas savo pradėtą projektą. Jis negalės pakankamai išsamiai atsakyti į klausimą, kokia politinė schema yra įtvirtinta konstitucijoje.

Taigi šis projektas stumia Heraklį į samprotavimo procesą, kuris yra labai panašus į sąmoningo šachmatų teisėjo samprotavimo procesą. Jis turi išplėtoti konstitucijos teoriją sudėtingo principų ir politinių nuostatų, pateisinančių tą valdžios schemą, komplekso pavidalu, lygiai kaip šachmatų teisėjas yra stumiamas išplėtoti teoriją apie žaidimo pobūdį. Jis turi išplėtoti tą teoriją, remdamasis ir politine filosofija, ir institucine konkretybe. Jis turi generuoti galimas teorijas, pateisinančias įvairius schemos aspektus, ir išmėginti tas teorijas

platesniu instituciniu kontekstu. Kai skiriamoji *(discriminating)* to testo geba išsenka, jis turi išplėtoti ginčijamas sąvokas, kurias pasitelkia sėkminga teorija.

2. *Įstatymai.* Įstatymas Heraklio jurisdikcijoje numato, jog „bet kokio asmens, neteisėtai sulaikyto, įkalinto, išvilioto apgaule, sukurstyto, paimto įkaitu, pagrobto arba jėga išgabento, kad ir kokiomis priemonėmis..." sąmoningas transportavimas iš vienos valstijos į kitą siekiant komercinės naudos yra federalinis nusikaltimas. Heraklio prašomas nuspręsti, ar pagal šį įstatymą federaliniu nusikaltėliu bus laikomas žmogus, įtikinęs jauną mergaitę, kad jos religinė pareiga yra su juo pabėgti pažeidžiant teismo potvarkį, ir realizuoti tai, ką jis pavadina dangaus laiminama santuoka *(celestial marriage)*[1]. Įstatymas buvo išleistas po pagarsėjusio pagrobimo atvejo, kad prie pagrobėjų persekiojimo galėtų prisidėti federalinė valdžia. Tačiau jo formuluotė yra pakankamai plati, kad būtų taikoma šiuo atveju, o įstatymų leidžiamosios institucijos protokolai bei aiškinamieji komiteto raštai nesako nieko, kas neleistų jo taikyti šiam atvejui.

Tad ar tikrai galima? Pats Heraklis gali neigiamai žiūrėti į dangaus laiminamą santuoką arba piktintis mažamečių tvirkinimu, arba sveikinti vaikų paklusnumą tėvams. Vis dėlto jaunikis turi teisę į laisvę, jeigu įstatymas, jį teisingai suprantant, neatima iš jo tos teisės; su bet kuria pagrįsta konstitucijos teorija yra nesuderinama teisėjų galia tam tikrą elgesį retroaktyviai padaryti nusikalstamą. Ar įstatymas atima iš jo tą teisę? Heraklis iš pradžių turi iškelti klausimą, kodėl apskritai įstatymai turi galią pakeisti juridines teises. Atsakymą jis ras savo konstitucinėje teorijoje: pavyzdžiui, ji gali numatyti, jog demokratiškais rinkimais formuojama įstatymų leidžiamoji valdžia yra ta institucija, kuri turi priimti kolektyvinius sprendimus dėl to, koks elgesys laikytinas nusikalstamu. Tačiau ta pati konstitucinė teorija priskirs įstatymų leidėjui tam tikrą atsakomybę: ji nustatys ne tik suvaržymus, atspindinčius individualias teises, bet ir tam tikrą bendrąją pareigą vadovautis kolektyviniais tiks-

[1] *Chatwin* v. *United States*, 326 U.S. 455 (1946).

lais, apibrėžiančiais visuomenės gerovę. Šis faktas Herakliui teikia pravartų testą šioje sunkiojoje byloje. Jis gali paklausti, kuri interpretacija geriau susieja įstatymų leidėjo vartojamą kalbą su jos konstitucine atsakomybe. Panašiai žaidimo teisėjas klausė apie žaidimo pobūdį. Šis klausimas reikalauja sukonstruoti ne kokią nors hipotezę apie konkrečių įstatymų kūrėjų mentalinę būklę, o specialią politinę teoriją, kuri geriau nei bet kokia alternatyvi teorija pateisina šį konkretų įstatymą įstatymo leidėjo bendresnės atsakomybės atžvilgiu[1].

Kokie principo ir politinės nuostatos argumentai galėjo iš tikrųjų įtikinti įstatymų leidėjus priimti būtent tą įstatymą? Negali būti, kad jie laikėsi politikos, nukreiptos į baudžiamojo persekiojimo vykdymo valstijos lygiu pakeitimą federalinio lygio vykdymu ten, kur tai konstituciškai įmanoma. Tai reprezentuotų nereikalingą prieštaravimą federalizmo principui – privalomai Heraklio konstitucinės teorijos daliai. Tačiau gali būti, kad jie atsakingai laikėsi atrankos politikos, visus tokio ne vieną valstiją apimančio pobūdžio nusikaltimus priskirdami federalinei atsakomybei ir šitaip ribodami valstijos vykdomąsias galias. Arba jie galėjo atsakingai atrinkti tiesiog ypatingai pavojingus arba labai paplitusius tokio pobūdžio nu-

---

[1] Vienas ankstesnis rėmimosi politine nuostata įstatymų interpretacijoje pavyzdys iliustruoja šią konstitucijos formą. *Charles River Bridge v. Warren Bridge* byloje (24 Mass. (7 Pick.) 344 (1830), *aff'd*, 36 U.S. (11 Pet.) 420 (1837)) teismas turėjo nuspręsti, ar privilegija, suteikianti teisę statyti tiltą per Čarlso upę, laikytina išimtine, taigi ar laikytina, kad daugiau tokių privilegijų nebegalima teikti. Teisėjas Mortonas iš Aukščiausiojo teisėjų teismo išreiškė nuomonę, kad šis teisių suteikimas neturi būti laikomas išskirtiniu, ir šiai interpretacijai paremti pasitelkė argumentą, jog:

> [J]eigu iš liberalaus ir ekspansyvaus privilegijos teisės konstravimo suteiktųjų privilegijų pagrindu kyla tokios nesuderinamos su valstijos pažanga ir klestėjimu pasekmės, tai mes turėtume nustatyti labiau ribotą ir suvaržytą interpretaciją, o ne kaltinti neapdairumu legislatūrą.
>
> ... [Konstruoti teisių suteikimą kaip išskirtinį] iš esmės reikštų sutarti, jog ieškovo privilegijos galiojimo laikotarpiu svarbi mūsų bendrojo gyvenimo sritis, susijusi su transportavimo ir kelionės reikmenimis, turi likti *in statu quo*. Į visa tai atsižvelgdamas, aš neišvengiamai turiu daryti išvadą, jog toks argumentavimas nedera nei su sveiku protu, nei su teisminiais autoritetais, nei su teisėkūros kryptimi, nei su mūsų laisvų institucijų principais.

Ibid., 460.

sikaltimus. Kuri iš šių atsakingų politinių strategijų teikia geresnį įstatymo teksto pateisinimą? Jeigu įstatymo numatomos bausmės yra didelės, taigi dera su antrąja, o ne su pirmąja politine strategija, tai pirmenybė turi atitekti antrajai politinei strategijai. Kuri iš skirtingų įstatymo interpetacijų, įgalinamų kalbos, bus naudingesnė tai politinei strategijai? Aišku, kad sprendimas, jog tokio pobūdžio sukurstymas, kaip kad šioje byloje, remiantis įstatymu, nėra federalinis nusikaltimas.

Aprašiau paprastą ir galbūt nereprezentatyvią įstatymo interpretacijos problemą, nes dabar negaliu nors kiek detaliau išplėtoti įstatymo interpretacijos teorijos. Tik noriu parodyti, kaip gali būti apgintas bendrasis teiginys, jog teisėjų samprotavimas apie įstatymų tikslus yra samprotavimas apie politines teises. Tačiau yra du momentai, kuriuos reikia nurodyti nėt ir šio paprasto pavyzdžio atveju. Pirma, būtų netikslu sakyti, kad Heraklis papildė tai, ką padarė įstatymų leidėjas, priimdamas įstatymą, arba kad jis mėgino nustatyti, ką ji būtų dariusi, jeigu būtų žinojusi apie atvejo iškeltą problemą. Įstatymų leidėjo aktas nėra, kaip teigia šie nusakymai, įvykis, kurio galią mes galime kokiu nors būdu pamatuoti taip, kad galėtume pasakyti, jog jis tam tikru aspektu yra nepakankamas; veikiau tai įvykis, kurio turinys yra ginčijamas taip, kaip yra ginčijamas sutarimo žaisti žaidimą turinys. Heraklis savo politinę teoriją konstruoja kaip argumentą, aiškinantį, ką įstatymų leidėjas šiuo atveju padarė. Priešingas argumentas, kad iš tikrųjų ji nepadarė to, ką jis sako ją padarius, yra ne realistinis sveikos nuovokos teiginys, o konkuruojantis teiginys apie tikrąjį to ginčijamo įvykio turinį.

Antra, svarbu pažymėti, kokį reikšmingą vaidmenį aprašytajame procese vaidina esamo įstatymo kanoniniai terminai. Jie pateikia ribą tam, kas antraip turėtų būti iš esmės neribota. Heraklio išplėtota politinė teorija įstatymui interpretuoti, kuri numatė pavojingų nusikaltimų perdavimą federalinėn atsakomybėn, pateisintų daug sprendimų, kurių įstatymų leidėjas iš tikrųjų nepateisino, kad ir kaip interpretuotume tekstą. Pavyzdžiui, ji pateisintų įstatymą, federaliniu nusikaltimu laikantį žudiko išvykimą iš valstijos, kurioje jis padarė nusikaltimą.

įstatymų leidėjo nesaisto bendra pareiga iki galo įgyvendinti konkrečią politinę strategiją, ir Heraklis būtų akivaizdžiai neteisus, jei manytų, kad įstatymų leidėjas kuriuo nors požiūriu priėmė tą papildomą įstatymą. Jo priimto įstatymo tekstas leidžia šiam interpretacijos procesui vykti neabsurdiškai; tai leidžia Herakliui sakyti, kad įstatymų leidėjas, reikšdamas tam tikrą politinę nuostatą, priėjo kalbos ribą, sykiu nesuponuojant, kad jis peržengė tą ribą neapibrėžtumo link.

B. Bendroji teisė

1. Precedentas. Vieną dieną teisininkai pateiks Heraklio teismui sunkųjų atvejį, kurio eksplicitiškai nenumato joks įstatymas; jie pateiks argumentų apie tai, ar ankstesni Heraklio atstovaujamo teismo sprendimai, pagrįsti bendrąja teise, teisingai juos suprantant, numato kuriai nors iš šalių teisę į sprendimą jos naudai. Toks atvejis buvo nagrinėjamas *Spartan Steel* byloje. Ieškovas neteigė, kad koks nors įstatymas suteikia jam teisę gauti ekonominės žalos atlyginimą; vietoj to jis nurodė tam tikrus ankstesnius teismo sprendimus, kuriais buvo skirta atlyginti už kitos rūšies žalą, ir argumentavo, kad principas, kuriuo buvo remiamasi šiose bylose, taip pat reikalauja sprendimo jo naudai.

Heraklis iš pradžių turi iškelti klausimą, kodėl tokios formos argumentai apskritai yra įtikinami kad ir iš principo. Jis suvoks, kad po ranka neturi jokio greito ar akivaizdaus atsakymo. Kai jis sau iškėlė tokį klausimą dėl teisėkūros, rado paruoštą atsakymą bendrojoje demokratijos teorijoje. Tačiau precedento praktikų, kurias jis turi pateisinti dabar, detalės priešinasi bet kokiai palyginti paprastai teorijai.

Tačiau jis galėtų susigundyti štai kokiu atsakymu. Teisėjai, spręsdami konkrečias bylas pagal bendrąją teisę, nustato bendrąsias normas, kuriomis siekiama bendruomenei užtikrinti kokią nors naudą. Todėl kiti teisėjai, spręsdami vėlesnes bylas, privalo taikyti tas normas, kad būtų galima pasiekti tą naudą. Jeigu toks dalyko paaiškinimas būtų pakankamas pateisinti precedento praktikoms, Heraklis šias sunkiąsias bendrosios teisės bylas galėtų spręsti tardamas, kad ankstesni sprendimai yra tarsi įstatymai, ir naudodamas metodus, kuriuos jis išpuoselėjo interpretuodamas įstatymus. Tačiau jis susi-

durs su neįveikiamais sunkumais, jei pernelyg pasikliaus šia teorija. Verta pasvarstyti nuodugniau, kodėl taip atsitiks, nes šios teorijos klaidos bus orientyrai kuriant sėkmingesnę teoriją.

Įstatymų interpretacija, kaip ką tik pažymėjome, priklauso nuo kanoninių formuluočių egzistavimo, kad ir kokių miglotų ir nespecifiškų, formuluočių, kurios riboja politinius sprendimus, kuriuos galima manyti buvus priimtus tuo įstatymu. Heraklis nustatys, kad daugelyje iš tų nuomonių, kurias bylos šalys nurodo kaip precedentus, nėra jokių specialių teiginių, laikytinų kanonine byloje įtvirtintos normos forma. Anglų ir amerikiečių teisėjų stiliui antroje devyniolikto amžiaus pusėje ir pirmoje dvidešimtojo amžiaus pusėje iš tiesų buvo būdingas siekis suformuluoti tokius kanoninius sakinius *(statements)*, kad paskui būtų galima nurodyti, pavyzdžiui, *Rylands v. Fletcher* bylos normą[1]. Tačiau net šiuo periodu teisininkai ir vadovėlių autoriai nesutarė, kuri garsiųjų nuomonių dalis laikytina turinti tokį pobūdį. Šiaip ar taip, šiandien net svarbiose nuomonėse retai stengiamasi siekti tokios legislatyvinio pobūdžio braižybos. Jose nurodoma precedentais ir principais pagrįsta motyvacija sprendimui pateisinti, tačiau laikoma, kad tie precedentai ir principai pateisina būtent sprendimą, o ne kokią nors naują ir eksplicitišką teisės normą. Kartais teisėjas atvirai pripažins, kad visą jo išspręstos bylos reikšmę turės atskleisti vėlesnės bylos.

Žinoma, Heraklis taip pat galėtų nuspręsti, jog, ankstesnėje byloje aptikęs kanoninę formuluotę, jis panaudos savo įstatymų interpretavimo metodus, kad nuspręstų, ar taip suformuluota norma apima naują atvejį[2]. Jis galėtų – kodėl ne – pripažinti tai, ką galima pavadinti precedento

---

[1] [1866] L.R. 1 Ex. 265, *aff'd*, (1868) L.R. 3 H.L. 330.

[2] Tačiau kadangi Heraklis galiausiai suvoktų reikalą akceptuoti teisių tezę (žr. 115–116 *infra*), jo teisminių aktų „interpretacija" vienu svarbiu atžvilgiu bus kitokia negu jo įstatymų interpretacija. Interpretuodamas įstatymus jis, kaip matėme, su tam tikra įstatymų kalba susieja tuos principo ir politinės nuostatos argumentus, kurie teikia geriausią tos kalbos pateisinimą legislatūros atsakomybės atžvilgiu. Jo argumentas lieka principo argumentu; jis pasitelkia politinę nuostatą, kad apibrėžtų, kokias teises legislatūra jau yra sukūrusi. Tačiau „interpretuodamas" teisminius aktus, jis su relevantiška kalba susies tik principo argumentus, nes teisių tezė teigia, kad tik tokie argumentai pateisina „teisę kuriančio" *(enacting)* teismo atsakomybę.

teisės akto galia *(enactment force)*. Vis dėlto jis manys, kad kai precedentas turi teisės akto galią, jo įtakos vėlesnėms byloms negalima tapatinti su ta galia. Teisėjai ir teisininkai nemano, kad precedentų galią išsamiai apibrėžia lingvistinės tam tikros frazės ribos kaip įstatymo atveju. Jeigu *Spartan Steel* byla būtų Niujorko byla, ieškovo advokatas manytų, kad ankstesnis Cardozo sprendimas *MacPherson v. Buick* byloje[1], pagal kurią moteris gavo kompensaciją už sužalojimus, patirtus dėl aplaidžiai pagaminto automobilio, yra palankus faktas pagrindžiant jo kliento teisę į žalos atlyginimą, nepaisant to, kad to ankstesnio sprendimo kalba nebuvo tokia, kuri galėtų būti įtikinamai interpretuojama kaip patvirtinanti tą teisę. Jis tikintų, jog ankstesnis sprendimas daro gravitacinį poveikį vėlesniam sprendimui net kai šis vėlesnis sprendimas yra dėl dalykų, kurie neišsitenka konkrečioje ankstesnėje to ankstesnio sprendimo orbitoje.

Ši gravitacinis poveikis yra dalis tos praktikos, kurią turi aprėpti Heraklio bendroji precedento teorija. Šiuo svarbiu aspektu teisėjo praktika skiriasi nuo kitų institucijų pareigūnų praktikos. Šachmatuose teisėjai laikosi nustatytų taisyklių tokiu būdu, kuris suponuoja visišką institucinę autonomiją. Jie yra originalūs tik tiek, kiek to reikalauja ypatingas situacijas reguliuojančios normos, tokios kaip baudą numatanti taisyklė, reikalaujanti originalumo. Todėl galima sakyti, jog kiekvienas šachmatų teisėjo sprendimas yra tiesiogiai reikalaujamas ir pateisinamas nustatytos šachmatų taisyklės, net jei kai kurie iš šių sprendimų turi būti pagrįsti interpretacija, o ne tiesiog aiškia ir neišvengiama tos taisyklės reikšme.

Kai kurie teisės filosofai apie bylų sprendimą remiantis bendrąja teise rašo taip, tarsi jis būtų kaip šachmatai tokia prasme, išskyrus tai, jog teisės normos dažniau nei šachmatų taisyklės reikalauja interpretacijos. Pavyzdžiui, tokio pobūdžio yra profesoriaus Harto argumentas, jog sunkieji atvejai kyla tik dėl to, kad teisės normoms būdinga tai, ką jis vadina „atvira struktūra“[2]. Iš tiesų teisėjai dažnai nesutaria ne

---

[1] *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916).

[2] H. L. A. *The Concept of Law*, 121–132.

tiesiog dėl to, kaip kokia nors norma ar principas turi būti interpretuojami, bet dėl to, ar norma arba principas, kuriuo remiasi teisėjas, apskritai turi būti pripažįstami norma arba principu. Kai kuriais atvejais tiek dauguma, tiek atskirosios nuomonės pripažįsta tuos pačius ankstesnius atvejus reikšmingais, tačiau jų nuomonės išsiskiria tada, kai reikia spręsti, kokią normą ar principą šie precedentai įtvirtina. Bylų sprendime, kitaip nei šachmatuose, argumentas tam tikros normos *naudai* gali būti svarbesnis negu ta norma *grindžiamas* argumentas, taikomas konkrečiam atvejui; ir nors tikėtina, jog šachmatų teisėjas, kuris spręsdamas atvejį apeliuoja į taisyklę, apie kurią niekas nėra girdėjęs, bus pašalintas arba nebus pripažįstamas, taip darantis teisėjas greičiausiai bus pasveikintas teisės mokyklos paskaitose.

Vis dėlto, atrodo, kad teisėjai sutaria, jog ankstesni sprendimai prie naujų ir kontroversiškų normų formulavimo tikrai prisideda, bet kitu, ne interpretacijos būdu; jie sutaria, kad ankstesni sprendimai turi gravitacinį poveikį, net jei jie nesutaria, koks yra tas poveikis. Įstatymų leidėjui gali dažniausiai rūpėti tik pamatinės moralės ar politinių nuostatų klausimai, sprendžiant, kurią iš alternatyvų rinktis kokiu nors klausimu. Jis neturi įrodyti, kad jo pasirinkimas yra suderinamas su jo kolegų įstatymų leidžiamojoje institucijoje pasirinkimu arba su buvusiųjų institucijų kolegų pasirinkimu. Tačiau teisėjas labai retai suponuoja tokį nepriklausomumo pobūdį. Jis visuomet stengsis susieti pateisinimą, kurį teikia originaliam sprendimui, su sprendimais, kuriuos kiti teisėjai ar pareigūnai priėmė praeityje.

Iš tiesų, kai geri teisėjai mėgina kaip nors bendrai paaiškinti, kaip jie dirba, jie griebiasi kalbos figūrų, kad nusakytų tuos suvaržymus, kuriuos jie junta, net jei mano kurią naują teisę, suvaržymus, kurių neturėtų būti, jeigu jie būtų įstatymų leidėjai. Pavyzdžiui, jie sako, kad jie atranda naujas normas, imanentiškas teisei kaip visumai, arba kad jie kokiu nors metodu, kuris yra labiau filosofijos nei politikos dalykas, įgyvendina vidinę teisės logiką, arba kad jie yra agentai, išgryninantys teisę, arba kad teisė turi tam tikrą savą praktiką, net jei tai priskirtina patirčiai, o ne logikai. Heraklio turėtų netenkinti šios populiarios metaforos ir personifikacijos, tačiau taip pat jis neturėtų

būti patenkintas tais bylų sprendimo proceso aprašymais, kurie ignoruoja tų metaforų patrauklumą geriausiems teisininkams.

Gravitacinės precedento galios negali suvokti teorija, kuri visą precedento galią tapatina su jo kaip teisėkūros produkto teisės akto galia. Tačiau šio požiūrio neadekvatumas kreipia geresnės teorijos link. Gravitacinę precedento galią galima paaiškinti apeliuojant ne į teisę įgyvendinančių teisėkūros aktų *(enforcing enactments)* išmintį, o į teisingumą principo, kuris reikalauja panašias bylas spręsti panašiai. Precedentas yra ankstesnio politinio sprendimo ataskaita; pats to sprendimo faktas, kaip politinės istorijos momentas, teikia kokį nors pagrindą panašiu būdu ateityje spręsti kitas bylas. Šis bendras precedento gravitacinės galios paaiškinimas nurodo bruožą, kuris sugriauna įgyvendinimo teisėkūros aktu *(enactment)* teoriją, būtent – tai, jog precedento galios neatspindi jį sprendusių teisėjų nuomonė. Jeigu bendruomenės valdžia privertė defektyvių lengvųjų automobilių gamintoją atlyginti nuostolius moteriai, kuri buvo sužalota dėl to defekto, tai šis istorinis faktas turi taip pat bent iš dalies sudaryti kokį nors pagrindimą, kodėl valdžia turėtų reikalauti iš sutarties dalyvio, kurio darbuotojų darbo brokas lėmė ekonominę žalą, atlyginti tą nuostolį. To pagrindo svarumą galime patikrinti ne klausdami, ar deramai interpretuojama ankstesnio sprendimo kalba reikalauja iš sutarties dalyvio apmokėti nuostolius, o keldami kitokį klausimą: ar teisingai elgiasi valdžia, kuri antruoju atveju atsisako teikti paramą, nors pirmuoju atveju ji buvo įsikišusi.

Heraklis padarys išvadą, kad ši teisingumo doktrina teikia vienintelį adekvatų precedento praktikos visa jos apimtimi paaiškinimą. Jis išves ir tam tikras tolesnes išvadas apie savo paties atsakomybę sprendžiant sunkiąsias bylas. Svarbiausia iš tų išvadų yra ta, kad gravitacinės ankstesniųjų sprendimų galios realizavimas privalo apsiriboti tik principo argumentų, reikalingų pateisinti tiems sprendimams, plėtojimu. Jeigu ankstesnis sprendimas būtų laikomas visiškai pateisinamu kokio nors politinės nuostatos argumento pagrindu, jis neturėtų jokios gravitacinės galios. Jo kaip precedento vertė sutaptų su jo kaip teisėkūros akto galia, t. y. su jo galiojimu kitiems atvejams, kuriuos aprėpia tam tikri konkretūs nuomonės žodžiai.

Distribucinė kolektyvinio tikslo galia, kaip pažymėjome anksčiau, yra kontingentiško fakto ir bendros įstatymų leidybos strategijos dalykas. Jeigu valdžia ponios MacPherson vardu įsikišo ne dėl to, kad ponia turėjo kokią nors teisę į valdžios įsikišimą, o tik dėl to, kad išmintinga strategija siūlė šią priemonę kaip būdą siekti kokio nors kolektyvinio tikslo, tokio kaip ekonominis efektyvumas, tuomet neįmanomas joks efektyvus į teisingumą apeliuojantis argumentas, kad dėl to ji turi ieškovo labui įsikišti ir *Spartan Steel* byloje.

Kad suprastume, kodėl taip yra, turime atminti, kad įstatymų leidėjui keliame negriežtus nuoseklumo reikalavimus, kai jų sprendimus generuoja politinės nuostatos argumentai[1]. Tarkime, įstatymų leidėjas nori stimuliuoti ekonomiką ir tai padaryti gali maždaug vienodai efektyviai arba subsidijuodamas gyvenamųjų namų statybą, arba padidindamas tiesiogines vyriausybės išlaidas naujiems keliams. Kelių tiesimo bendrovės neturi teisės į tai, kad įstatymų leidėjas pasirinktų kelių tiesimą; jeigu jis pasirenka kelių tiesimą, bet kokio nuoseklumo principo požiūriu namų statybos firmos neturi teisės į tai, kad įstatymų leidėjas subsidijuotų taip pat ir namų statybą. Įstatymų leidėjas gali nuspręsti, kad kelių tiesimo programa jau pakan-

---

[1] *Williamson v. Lee Optical Co.* byloje (348 U.S. 483 [1955]) Aukščiausiojo teismo teisėjas Douglas teigė, kad teisėkūra, generuojama politinės nuostatos, neturi būti vieninga ar nuosekli:

Legislatyvinės klasifikacijos problema yra amžina problema, neleidžianti jokios doktriniškos definicijos. Blogio formos tame pačiame lauke gali būti skirtingų dimensijų ir proporcijų, reikalaujančios skirtingų gydymo priemonių. Arba taip gali galvoti legislatūra. Arba reforma gali žengti vieną žingsnį konkrečiu metu, apeliuodama į problemos fazę, kuri legislatyviniam protui rodosi pati aiškiausia. Legislatūra gali išsirinkti vieną kurią fazę viename lauke ir ten pritaikyti gydymo priemones, ignoruodama visa kita. Lygios apsaugos nuostata *(Equal Protection Clause)* negali kliautis kuo kitu nei sudėtingos skirtumo įžvalgos įstanga.

Ibid., 489 (nuorodos praleistos).

Žinoma, šio argumento mintis, jog nuoseklumo reikalavimai yra skirtingi principo ir politinės nuostatos atvejais, yra didžiai svarbi, norint suprasti neseną lygios apsaugos nuostatos istoriją. Ši mintis grindžia mėginimus atskirti „senąją" lygią apsaugą nuo „naujosios" lygios apsaugos arba sukurti įtartinas klasifikacijas, bet iš tikrųjų šis argumentas teikia tikslesnę ir suvokiamesnę perskyrą, negu pateikė tie mėginimai.

kamai stimuliavo ekonomiką ir kad daugiau jokių programų nebereikia. Jis gali šitaip nuspręsti, net jeigu dabar pripažįsta, kad subsidijuoti namų statybą būtų buvęs efektyvesnis sprendimas. Arba jis netgi gali pripažinti, kad reikia labiau stimuliuoti ekonomiką, tačiau nuspręsti, jog nori palaukti daugiau įrodymų, – galbūt kelių programos sėkmės įrodymų, – kad įsitikintų, ar subsidijos teikia efektyvią stimuliaciją. Jis netgi galėtų sakyti, jog dabar nenori skirti daugiu savo laiko ir energijos ekonominei politikai. Vis dėlto, matyt, esama tam tikros ribos, varžančios arbitralumą, kurį sau gali leisti įstatymų leidėjas, darydama perskyras, apeliuodamas į kolektyvinius tikslus. Net jeigu yra efektyvu visas laivų statyklas statyti Pietų Kalifornijoje, galima manyti, jog taip daryti yra neteisinga, taip pat politiškai neišmintinga. Tačiau šie silpni reikalavimai, neleidžiantys šiurkščių nusižengimų distribucijos teisingumui, yra akivaizdžiai suderinami su didelės papildomos naudos suteikimu vienai grupei, nesuteikiant tokios galimybės kitoms.

Taigi neįmanomas joks bendras teisingumo argumentas, kuris reikalautų, kad valdžia, besivadovaujanti kolektyviniu tikslu vienokiu būdu viena proga, turi jo laikytis tokiu pat būdu – ir net kad apskritai turi laikytis to paties tikslo – visada, kai pasitaiko panaši proga. Aš turiu galvoje ne vien tai, kad valdžia gali persigalvoti ir apgailestauti arba dėl savo ankstesnio sprendimo tikslo, arba dėl jo priemonių. Aš turiu galvoje, jog atsakinga vyriausybė gali skirtingais tikslais vadovautis fragmentiškai ir atsitiktinai, tad net jei ji neapgailestauja, o toliau įgyvendina vieną normą, sukurtą tarnauti tam tikram tikslui, ji gali atmesti kitas normas, kurios taip pat tarnautų tam pačiam tikslui. Pavyzdžiui, ji gali išleisti normą, jog gamintojai yra atsakingi už žalą, kurios priežastimi tapo jų gaminamų automobilių defektai, ir vis dėlto pagrįstai atsisakyti išleisti tokią pačią normą dėl skalbimo mašinų gamintojų, ką jau kalbėti apie sutarties dalyvius, lemiančius tokią ekonominę žalą, kokia figūravo *Spartan Steel* byloje. Žinoma, valdžia privalo būti racionali ir teisinga; ji privalo priimti sprendimus, kurie, drauge paėmus, tarnauja galimam pateisinti kolektyvinių tikslų kompleksui, bet sykiu gerbia visas piliečių turimas teises.

Tačiau šis bendrasis reikalavimas neremtų nieko panašaus į gravitacinę galią, kuri visgi buvo pripažinta teisminiam sprendimui ponios MacPherson naudai.

Taigi Heraklis, apibrėždamas gravitacinę konkretaus precedento galią, privalo atsižvelgti tik į tuos principo argumentus, kurie pateisina tą precedentą. Jeigu sprendimas ponios MacPherson naudai suponuoja, kad ji turi teisę į nuostolių atlyginimą, o ne tik jog norma jos naudai remia kokį nors kolektyvinį tikslą, tuomet teisingumo argumentas, kuriuo remiasi precedento praktika, galioja. Žinoma, iš to negalima daryti išvados, kad bet kas, bet kokiu būdu sužalotas dėl kito aplaidumo, turi turėti tą pačią konkrečią teisę į žalos atlyginimą, kurią turi ji. Pastaruoju atveju konkuruojančios teisės gali reikalauti kompromiso, kurio nereikalavo jos atveju. Tačiau taip pat įmanoma išvada, jog ieškovas antrojoje byloje turi tą pačią abstrakčią teisę, ir jeigu taip yra, tai norint įrodyti, kad antrojoje byloje priešingas sprendimas būtų teisingas, bus reikalingas koks nors specialus argumentas, besiremiantis konkuruojančiomis teisėmis.

2. *Audinys be siūlių.* Pirmoji Heraklio išvada, jog gravitacinė precedento galia yra apibrėžiama principo argumentų, kurie remia precedentą, siūlo antrąją išvadą. Kadangi teismų praktika jo bendruomenėje suponuoja, jog ankstesnės bylos turi *bendrąją* gravitacinę galią, jis gali pateisinti tą teismų praktiką tik manydamas, jog jo bendruomenei galioja teisių tezė. Pakankamu argumentu prieš gravitacinę kokio nors precedento galią niekuomet nelaikoma tai, jog tikslui, kuriam tarnavo precedentas, dabar jau pasitarnauta pakankamai, arba kad teismams dabar verta imtis to, kas pasitarnautų kokiam kitam santykinai pamirštam tikslui, pavyzdžiui, pasidomėti tikslu, kuriam tas precedentas pasitarnavo kitu atveju. Precedento praktika neleidžia daryti prielaidos, kad argumentacija *(rationale),* kurią rekomenduoja teismo sprendimai, tuo būdu galima būtų pasinaudoti dalinai. Jeigu pripažįstama, kad konkretų precedentą pateisina konkreti motyvacija; jeigu ta pati motyvacija taip pat rekomenduoja tam tikrą rezultatą svarstomu atveju; jeigu ankstesnis sprendimas nėra

atšauktas ir nėra ydingas; tai toks sprendimas turi būti priimamas ir antruoju atveju.

Heraklis turi daryti prielaidą, kad jo bendruomenėje yra suprantama, – nors turbūt nėra atvirai pripažįstama, – kad teismo sprendimai turi būti laikomi pateisinamais principo, o ne politinės nuostatos argumentų. Jis dabar supranta, kad gerai žinoma samprata, teisėjų pasitelkiama paaiškinti argumentavimui, besiremiančiam precedentu, tam tikrų principų, grindžiančių bendrąją teisę arba ja besiremiančių, samprata, pati yra tik metaforinis teisių tezės nusakymas. Nuo šiol jis gali naudotis šia samprata, spręsdamas sunkiąsias bendrosios teisės bylas. Ji teikia bendrąjį testą sprendžiant šias bylas, testą, panašų į šachmatų teisėjo žaidimo pobūdžio sampratą ir į paties Heraklio įstatymų leidėjo ketinimo sampratą. Ji kelia klausimą – koks principų kompleksas geriausiai pateisina precedentus? – kuris sujungia precedento praktikos bendrąjį pateisinimą, t. y. teisingumo argumentą, ir jo paties sprendimą dėl to, ko tas bendrasis pateisinimas reikalauja kokiu nors konkrečiu sunkiuoju atveju.

Heraklis dabar turi išplėtoti savo principų sampratą, kuri pagrindžia bendrąją teisę, kiekvienam iš svarbių precedentų priskirdamas tam tikrą principo schemą, pateisinančią to precedento sprendimą. Dabar jis atskleis kitą svarbų skirtumą tarp šios sampratos ir įstatymo tikslo sampratos, kuria jis naudojosi interpretuodamas įstatymus. Įstatymų atveju jis manė esant būtina pasirinkti kokią nors teoriją, paaiškinančią konkretaus svarstomo įstatymo tikslą, į kitus įstatymų leidėjo priimtus aktus atsižvelgiant tik tiek, kiek šie gali padėti pasirinkti iš teorijų, kurios tinka įstatymui maždaug vienodai gerai. Tačiau jei gravitacinė precedento galia remiasi idėja, jog teisingumas reikalauja nuoseklaus teisių įgyvendinimo, Heraklis turi atskleisti principus, derančius ne tik su tuo konkrečiu precedentu, į kurį atkreipia dėmesį kuri nors iš bylos šalių, bet ir su visais kitais jo jurisdikcijos teismų sprendimais, ir, tiesą sakant, taip pat su įstatymais – tiek, kiek šiuos privalu traktuoti kaip generuojamus principo, o ne politinės nuostatos. Jis neįvykdys savo pareigos įrodyti, jog jo sprendimas dera su nustatytais principais ir dėl to yra teisingas, jeigu principai,

kuriais jis remiasi, tokie, kokie jie nustatyti, patys nedera su kitais sprendimais, kurių jo teismas taip pat siūlo laikytis.

Pavyzdžiui, tarkime, kad jis gali pateisinti Cardozo sprendimą ponios MacPherson naudai, remdamasis kad ir abstrakčiu lygybės principu, anot kurio, visada, kai įvyksta koks nors incidentas, turtingiausi iš tų įvairių asmenų, kurių veiksmai galėjo prisidėti prie incidento, turi atlyginti nuostolius. Vis dėlto jis negali įrodyti, kad šio principo buvo laikomasi kitais avarijų atvejais, arba, net jeigu galėtų tai įrodyti, jis negali įrodyti, kad šio principo yra laikomasi kitose teisės srityse, tokiose kaip sutartis, kuriose jis taip pat turėtų didelės įtakos, jeigu apskritai būtų pripažįstamas. Jeigu jis priima sprendimą ateities ieškovo, turtingesnio už atsakovą, nenaudai, apeliuodamas į šią tariamą teisę į lygybę, tas ieškovas gali teisingai argumentuoti, kad šis sprendimas taip pat ir kitais atvejais nedera su valdžios elgesiu taip, tarsi *MacPherson* byla būtų išvis ignoruojama. Galbūt teisė nėra audinys be siūlių; tačiau ieškovas turi teisę reikalauti iš Heraklio traktuoti ją taip, tarsi ji tokia būtų.

Tad dabar galima suprasti, kodėl mūsų teisėją pavadinau Herakliu. Jis turi sukonstruoti abstrakčių ir konkrečių principų schemą, kuri teiktų darnų visų bendrosios teisės precedentų, o taip pat ir konstitucinių bei įstatyminių nuostatų, tiek, kiek jos remiasi principu, pateisinimą. Šio užmojo didybę galime suvokti toje neaprėpiamoje teisinių sprendimų, kuriuos Heraklis turi pateisinti, daugybėje išskirdami vertikaliąją ir horizontaliąją tvarkas. Vertikaliąją tvarką parodo autoriteto lygmenų *(layers)* išskyrimas; tai lygmenys, kuriuose tam tikrus oficialius sprendimus galima traktuoti kaip sprendimus, kontroliuojančius žemesniuose lygmenyse priimtus sprendimus. Jungtinėse Valstijose egzistuoja apytikrė vertikali tvarka. Konstitucinė struktūra čia užima aukščiausią lygmenį, Aukščiausiojo teismo sprendimai ir galbūt kitų teismų sprendimai, interpretuojantys tą struktūrą, sudaro paskesnį lygmenį, įvairių įstatymų leidžiamųjų institucijų aktai *(enactments)* – paskesnį, o įvairių teismų, plėtojančių bendrąją teisę, sprendimai – įvairius žemesniuosius lygmenis. Heraklis turi parengti principu grindžiamą pateisinimą kiekvienam iš šių lygmenų

taip, kad pateisinimas derėtų su principais, laikomais aukštesniųjų lygmenų pateisinimo pagrindu. Horizontali tvarka paprasčiausiai reikalauja, kad principai, laikomi pateisinančiais sprendimą viename lygmenyje, taip pat derėtų su pateisinimais, pateikiamais kitiems sprendimams tame pačiame lygmenyje.

Tarkime, Heraklis, pasinaudodamas savo neeiliniais sugebėjimais, pasiūlo visą šią schemą sukurti iš anksto, kad būtų pasiruošęs akistatai su bylos šalimis ir kad prireikus pateisinti kokį konkretų sprendimą turėtų išsamią teisės teoriją. Iš pradžių jis išdėstytų su vertikalia tvarka derančią savo konstitucinę teoriją, kuria jau naudojasi, ir ją patobulintų. Ta konstitucinė teorija daugiau ar mažiau skirtųsi nuo teorijos, kurią išplėtotų kitas teisėjas, nes konstitucinė teorija reikalauja spręsti sudėtingus institucinio suderinamumo *(institutional fit)* klausimus, taip pat ji reikalauja moralės ir politikos filosofijos sprendimų, tad Heraklio sprendimai neišvengiamai skirsis nuo tų, kuriuos priimtų kiti teisėjai. Šie skirtumai aukščiausiame vertikalios tvarkos lygmenyje reikšmingai apspręstų schemą, kurią teisėjai pasiūlys žemesniems lygmenims. Heraklis gali manyti, jog, pavyzdžiui, tam tikrus substantyvius konstitucinius įstatymų leidžiamosios valdžios suvaržymus geriausiai galima pateisinti, postuluojant abstrakčią teisę į asmeninio gyvenimo neliečiamumą, turimą valstybės atžvilgiu, nes, jo nuomone, tokią teisę implikuoja dar abstraktesnė teisė į laisvę, kurią garantuoja konstitucija. Jeigu taip, tuomet jam atrodys nenuoseklu, jei deliktinė teisė kokia nors konkrečia forma nepripažins analogiškos abstrakčios teisės į asmeninio gyvenimo neliečiamumą bendrapiliečių atžvilgiu. Jeigu kitas teisėjas, kitaip negu jis, nemano, kad asmeninio gyvenimo neliečiamumas ir laisvė yra susiję dalykai, taigi ir nepripažįsta jo išpažįstamos konstitucinės interpretacijos įtikinama, šis teisėjas taip pat laikysis kitos pozicijos, kaip dera plėtoti deliktinę teisę.

Taigi paties Heraklio sprendimų įtaka bus visa smelkianti, nepaisant to, kad kai kurie iš jų bus kontroversiški. Tačiau jų santykis su jo samprotavimu nėra toks, kuris leistų atskiras jo konstruojamos teorijos dalis kildinti iš jo nepriklausomų įsitikinimų, o ne iš teisės korpuso, kurį jis turi pateisinti. Jis nesivadovaus tomis mano anksčiau

minėtomis klasikinėmis bylų sprendimo teorijomis, anot kurių teisėjas vadovaujasi įstatymais tol, kol išsenka jų orientacinė galia, o tada jis yra laisvas priimti savarankiškus sprendimus. Jo teorija veikiau yra teorija, aiškinanti ko reikalauja pats įstatymas ar precedentas, ir nors jo sprendime, žinoma, atsispindės jo intelektualinės preferencijos ir filosofiniai įsitikinimai, tai pripažinti nereiškia manyti, jog tie įsitikinimai turi kažkokią nepriklausomą įtaką jo argumentacijai vien dėl to, kad jie yra jo[1].

3. *Klaidos.* Dabar nemėginsiu detaliau plėtoti Heraklio teisės teorijos. Paminėsiu tik dvi problemas, su kuriomis jis susidurs. Pirma, konstruodamas pateisinimo schemą precedentų grupei, jis turi nuspręsti, kokį svarumą jis turi teikti argumentams, kuriuos teisėjai, sprendę tas bylas, nurodė savo sprendimuose. Tose nuomonėse jis ne visada ras kokią nors nuostatą, tokią preciziską, kad ji galėtų tarnauti kaip įstatymas, kurį jis galėtų interpretuoti. Tačiau nuomonėse beveik visada bus argumentų, kurie, teisėjo manymu, teikia rekomendacijas jo sprendimui. Heraklis savo pateisinimo schemoje nuspręs jiems paskirti tik laikiną arba *prima facie* vietą. Tos schemos tikslas yra patenkinti reikalavimą, pagal kurį valdžia turi visiems pripažinti tas teises, kurias, jos manymu, turi kai kurie. Faktas, jog vienas valdžios pareigūnas siūlo tam tikrą principą kaip savo sprendimo pagrindą, gali būti laikomas *prima facie* įrodymu, jog valdžia tokiu mastu to principo laikosi.

Tačiau pagrindinė grindžiančio teisingumo argumento galia yra prospektyvi *(forward-looking)*, o ne retrospektyvi *(backward-looking)*. Ponios MacPherson bylos gravitacinė galia priklauso ne vien nuo to fakto, kad ji gavo kompensaciją už savo automobilį, bet taip pat nuo fakto, jog valdžia siūlo ateityje leisti kitiems, atsidūrusiems lygiai tokioje pat situacijoje kaip ji, gauti kompensaciją. Jeigu teismai pasiūlytų panaikinti sprendimą, joks substancialus teisingumo argumentas ieškovo naudai, siejamas su esamu bylos sprendimu, negalėtų iš-

[1] Žr. toliau, p. 182–183.

likti ir *Spartan Steel* byloje. Todėl jeigu galima rasti kitokį principą *MacPherson* bylai pateisinti negu tas, kuriuo rėmėsi Cardozo, ir jeigu šis kitas principas pateisina taip pat ir daug kitų precedentų, kurių Cardozo principas nepateisina, arba jeigu jis sklandžiau atitinka argumentus, kurie laikomi pateisinančiais aukštesnio lygmens sprendimus vertikalioje tvarkoje, tuomet šis naujas principas yra tinkamesnis pagrindas tolesniems sprendimams. Žinoma, šis argumentas dėl Cardozo principo nekopijavimo yra nereikalingas, jei naujasis principas yra abstraktesnis ir jeigu Cardozo principą galima suprasti tik kaip konkrečią to abstraktesnio principo formą. Tokiu atveju Heraklis inkorporuoja, o ne atmeta Cardozo pateiktą jo sprendimo išaiškinimą. Iš tikrųjų Cardozo būtent taip panaudojo nuomonę, išdėstytą ankstesnėje *Thomas v. Winchester* byloje, kuria jis ir rėmėsi[1]. Tačiau naujasis principas gali inspiruoti skirtingą argumentavimo taktiką ir pateisinti precedentą arba precedentų seriją visai kitokiais pagrindais negu tie, kuriuos siūlo precedentų lydimosios nuomonės. Įžymusis Brandeiso ir Warreno argumentas dėl teisės į asmeninio gyvenimo neliečiamumą[2] yra įspūdinga iliustracija: jie tvirtina, kad ši teisė nebuvo nežinoma teisei, – priešingai, ji buvo pademonstruota pačių įvairiausių sprendimų, nepaisant to fakto, kad teisėjai, sprendę tas bylas, neminėjo tokios teisės. Galbūt jų argumentas, jei jį šitaip suvokiame, nėra vykęs ir Heraklis jų vietoje būtų pasiekęs kitokį rezultatą. Vis dėlto Heraklio teorija paaiškina, kodėl jų argumentas, kartais laikomas savotišku akių dūmimu, kad ir meistrišku, bent jau ambicijos požiūriu buvo pagrįstas.

Heraklis turi imtis ir kitos daug didesnės problemos. Jeigu jo teismo istorija yra pakankamai sudėtinga, ji praktiškai patirs, kad jo akceptuotas totalaus nuoseklumo reikalavimas yra per griežtas, jeigu jo negalima išplėsti taip, kad liktų erdvės idėjai, jog taikant šį reikalavimą, tam tikrą institucinės istorijos dalį galima diskredituoti kaip klaidą. Mat net nuostabi Heraklio vaizduotės galia nepajėgs

[1] 6 N.Y. 397 (1852).

[2] Warren & Brandeis, „The Right of Privacy", 4 *Harv. L. Rev.* (1890) 193.

pateikti tokio principų komplekso, kuris suvienytų visus esamus įstatymus ir precedentus. Tai neturėtų stebinti: ne visi praeities įstatymų leidėjai ir teisėjai pasižymėjo Heraklio sugebėjimais arba įžvalgumu, taip pat jie arba jos nebuvo vienodos pasaulėžiūros ir mąstysenos vyrai ir moterys. Žinoma, bet kokį įstatymų ir sprendimų kompleksą galima paaiškinti istoriškai arba psichologiškai, arba sociologiškai, tačiau nuoseklumas reikalauja pateisinimo, o ne paaiškinimo, o pateisinimas turi būti pagrįstas, o ne menamas. Jeigu jo konstruojamas pateisinimas daro arbitralias perskyras ir remiasi neturinčiais jokio autoriteto principais, tai šitai apskritai negali būti laikoma pateisinimu.

Supaprastindami įsivaizduokime, jog neatsargumo atvejus ir nelaimingus atsitikimus reglamentuojanti teisė Heraklio jurisdikcijoje plėtojosi štai kokiu supaprastintai pateikiamu hipotetiniu būdu. Ji prasidėjo tam tikrais bendrosios teisės sprendimais, pripažįstančiais teisę į nuostolių atlyginimą, kai dėl labai pavojingų instrumentų defektų buvo patirti kūno sužalojimai. Šie atvejai paskui reinterpretuojami kokiu nors pakeičiančiu praktiką sprendimu (kaip jie buvo reinterpretuoti *MacPherson* byloje), pateisinant labai abstrakčia kiekvieno asmens teise į protingą kitų rūpestį, jei jų veika gali sužaloti jį patį arba jo nuosavybę. Paskui šio principo taikymas įvairiais būdais išplečiamas ir suvaržomas. Pavyzdžiui, teismai nusprendžia, kad argumentuojant prieš atsakovą, kuris buvo neatsargus rengdamas finansines ataskaitas, negalima pasiremti jokia konkrečia teise *(right)*. Jie taip pat nusprendžia, kad tam tikrais atvejais teisės *(right)* negalima atšaukti – pavyzdžiui, standartinės formos automobilio pirkimo–pardavimo sutartyje. Įstatymų leidėjas taip pat prisideda išleisdamas įstatymą, numatantį, jog tam tikrais gamybinių avarijų atvejais atsakovas gali išvengti pareigos atlyginti nuostolius tik tuo atveju, jeigu atsakovas įrodo, kad dėl to, kas įvyko, kaltas tik pats ieškovas. Tačiau jis taip pat numato, kad kitais atvejais, pavyzdžiui, lėktuvo avarijos atveju, nuostolių atlyginimas apsiribos nustatytu dydžiu, kuris gali būti daug mažesnis nei patirti nuostoliai; o vėliau papildo, jog automobiliu vežamas keleivis negali pareikšti ieškinio vairuotojui,

net jeigu šis vairuoja neatsargiai ir keleivis yra sužalojamas. Dabar, turėdami omenyje šį kontekstą, tarkime, kad Heraklis įpareigojamas išspręsti *Spartan Steel* bylą.

Ar jis gali rasti vientisą principų kompleksą, pateisinantį šią istoriją taip, kaip to reikalauja teisingumas? Jis galėtų išmėginti teiginį, jog individai neturi teisės į nuostolių atlyginimą, jeigu žala nebuvo padaryta tyčia. Jis argumentuotų, kad atlyginimas už nuostolius, padarytus dėl neatsargumo, jiems priklauso tik dėl politinės nuostatos sąlygojamų motyvų, o ne dėl to, kad pripažįstama kokia nors abstrakti teisė į tokį atlyginimą, ir jis remtųsi įstatymais, ribojančiais teisinę atsakomybę, siekiant ginti oro linijų ir draudimo kompanijų interesus, bei bylomis, kai teisinė atsakomybė netaikoma finansininkams, kaip įrodymus, jog teisės į atlyginimą nėra, jeigu politinė nuostata reikalauja kitokio sprendimo. Tačiau jis turi pripažinti, kad ši institucinės istorijos analizė yra nesuderinama su bendrąja teise grindžiamais sprendimais, ypač praktiką keičiančiu sprendimu, kuris pripažįsta bendrąją teisę į atlyginimą žalos, padarytos dėl neatsargumo. Su visa jo teorija nederės teiginys, kad šie sprendimai patys gali būti pateisinti politinės nuostatos argumentais, jeigu jis, vadovaudamasis teisių teze, mano, jog teismai gali išplėsti atsakomybės taikymą reaguodami tik į principo, o ne politinės nuostatos argumentus. Taigi šiuos sprendimus jis turi atmesti kaip klaidas.

Jis gali išmėginti kitokią strategiją. Gali pasiūlyti kokį nors principą, pagal kurį individai turi teisę į nuostolių atlyginimą būtent tomis pačiomis aplinkybėmis, kaip ir bylų, kurių sprendimai pripažino tokią teisę, tačiau neturi bendrosios teisės į tokių nuostolių atlyginimą. Pavyzdžiui, jis gali pripažinti teisės principą, pripažįstantį teisę į atlyginimą nuostolių, patirtų automobilyje, kurio savininkas yra ieškovas, tačiau nepripažinti principo, kuris apimtų kitokius nuostolius. Tačiau nors tokiu būdu jis galėtų savo institucinės istorijos pateisinimą tiksliai priderinti prie tos istorijos, jis pastebės, jog perskyros, kuriomis remiasi šis pateisinimas, yra arbitralios. Savo politinėje teorijoje jis negali rasti vietos perskyrai, kuri pripažįsta abstrakčią teisę tuo atveju, kai kas nors yra sužalojamas, pačiam vairuojant sa-

vo paties automobilį, tačiau jos nepripažįsta, jeigu pats yra keleivis arba jeigu sužalojamas lėktuve. Jis pateikė rinkinį argumentų, kurie negali būti jokio objekto nuosekliu pateisinimu.

Todėl Heraklis galėtų pripažinti, kad negali įprasminti institucinės istorijos niekaip kitaip, kaip tik darydamas prielaidą, kad egzistuoja kokia nors bendra abstrakti teisė į dėl neatsargumo patirtos žalos atlyginimą; tačiau jis gali argumentuoti, kad tai yra reliatyviai silpna teisė, todėl ji neatsilaikys ir prieš reliatyviai silpną politinę motyvaciją. Jis remsis tą teisę apribojančiais įstatymais ir bylomis patvirtinti savo požiūriui, kad ta teisė yra silpna. Tačiau tada jis susidurs su tokiu sunkumu: jeigu oro linijos tampa pakankamai saugios, nors įstatymas, ribojantis atsakomybę dėl lėktuvo avarijų, niekuomet nebuvo atšauktas, o oro linijoms prieinami draudimo mechanizmai tapo itin efektyvūs ir nebrangūs, tuomet įstatymo neatšaukimas gali būti pateisinamas tik tuo atveju, jei abstrakčią teisę laikome tokia silpna, kad reliatyviai silpni politinės nuostatos argumentai yra pakankami jai sutriuškinti. Jeigu Heraklis mano tą teisę esant tokią silpną, tai jis negali pateisinti ir įvairių bendrosios teisės sprendimų, kurie remia tą teisę, kaip konkrečią teisę, gerokai stipresnių politinės nuostatos argumentų akivaizdoje, nei tie, kuriuos pajėgios pateikti oro linijos. Taigi jis turi pasirinkti: klaida laikyti arba lėktuvo avarijos atsakomybės apribojimo įstatymo neatšaukimą, arba bendrosios teisės sprendimus, kurie daug labiau vertina tą teisę.

Taigi bet kuriuo atveju Heraklis turi savo teoriją išplėtoti taip, kad ji apimtų idėją, jog institucinės istorijos pateisinimas gali parodyti, kad kuri nors istorijos dalis yra klaida. Tačiau jis negali tokią priemonę naudoti kaip tinkamas, nes jeigu būtų laisvas bet kurį nederantį institucinės istorijos segmentą laikyti klaida be jokių pasekmių visai bendrajai teorijai, tai nuoseklumo reikalavimas nebūtų rimtas reikalavimas. Jis turi išplėtoti kokią nors institucinės klaidos teoriją, o ši klaidos teorija turi turėti dvi dalis. Ji turi parodyti kokio nors institucinio įvykio paskelbimo klaida pasekmes kitiems argumentams; be to, ji turi apriboti tų įvykių, kurie gali būti šiuo būdu diskredituoti, kiekį ir pobūdį.

Pirmąją šios klaidos teorijos dalį jis konstruos, pasitelkęs du perskyrų kompleksus. Pirmiausia jis atskirs specifinį kiekvieno institucinio įvykio autoritetą, kurį sudaro to įvykio kaip institucinio akto galia lemti būtent tas specifiškas institucines pasekmes, kurias jis nusako, nuo gravitacinės galios. Kokį nors įvykį klasifikuodamas kaip klaidą, jis neneigia jo specifinio autoriteto, bet neigia jo gravitacinę galią, tad idant liktų nuoseklus, jis negali apeliuoti į tą galią kituose argumentuose. Taip pat jis darys perskyrą tarp įsigalėjusių *(embedded)* ir pataisomų klaidų; įsigalėjusios klaidos yra tos, kurių specifinis autoritetas yra fiksuotas taip, kad išlieka joms netekus gravitacinės galios; pataisomos klaidos yra tos, kurių specifinis autoritetas nuo gravitacinės galios priklauso taip, kad negali išlikti, joms netekus tos galios.

Jo teorijos konstitucinis lygmuo bus skirtas nustatyti, kurios klaidos yra įsigalėjusios. Pavyzdžiui, jo įstatymo leidėjo viršenybės teorija užtikrins, jog visi įstatymai, kuriuos jis traktuoja kaip klaidas, neteks savo gravitacinės galios, bet ne savo specifinio autoriteto. Jeigu jis nepripažįsta oro transporto atsakomybės apribojimo įstatymo gravitacinės galios, paties įstatymo tuo neatšaukia – tai įsigalėjusi klaida, tad specifinis autoritetas išlieka. Jis turi ir toliau gerbti apribojimus, įstatymo nustatytus tai atsakomybei, tačiau jis to nenaudos kokioje nors kitoje byloje argumentuodamas už silpnesnę teisę. Jeigu jis akceptuoja kokią nors griežtą precedento doktriną, o kai kuriuos teisėjų sprendimus, tokius kaip sprendimą, atmetantį teisę į atsakovo neatsargumo nulemtos žalos atlyginimą, identifikuoja kaip klaidą, tai ta griežta doktrina gali išsaugoti specifišką to sprendimo autoritetą, kuris gali sutapti su jo teisės akto galia, tačiau tas sprendimas neteks savo gravitacinės galios; jis taps, anot teisėjo Frankfurterio frazės, teisės balastu arba nuskendusio laivo nuolaužomis *(a piece of legal flotsam or jetsam)*. Ir nebereikės spręsti – vienų ar kitų.

Visa tai pakankamai paprasta, bet Herakliui teks kur kas daugiau padirbėti prie antrosios klaidos teorijos dalies. Jis turi vykdyti reikalavimą, keliamą pateisinimo, kurį jis susiejo su bendrąja precedento praktika, – suformuluoti detalesnį pateisinimą principo schemos for-

ma visam įstatymų ir bendrosios teisės sprendimų korpusui. Tačiau pateisinimas, kuris dalį to, ką reikia pateisinti, identifikuoja kaip klaidą, yra *prima facie* silpnesnis negu tas, kuris taip nedaro. Antroji jo klaidos teorijos dalis turi įrodyti, kad nepaisant to, tai yra stipresnis pateisinimas, negu bet kuri alternatyva, kuri nepripažįsta jokių klaidų. Tas įrodymas negali būti dedukcija remiantis paprastomis teorijos konstravimo normomis, tačiau jei Heraklis turi omenyje sąsają, kurią jis anksčiau nustatė tarp precedento ir teisingumo, tai ši sąsaja teiks dvi gaires jo klaidos teorijai. Pirmiausia, teisingumo sąvokos požiūriu institucinė istorija yra ne vien istorija, bet ir politinė programa, kurią valdžia ketina tęsti ir ateityje; kitaip tariant, ji naudojasi prospektyvinėmis, o ne retrospektyvinėmis precedento implikacijomis. Jeigu Heraklis nustato, jog dėl kokio nors ankstesnio sprendimo – įstatymo ar teisėjo sprendimo – dabar visuotinai apgailestaujama tam tikroje profesijos srityje, šis faktas pats savaime išskiria tą sprendimą kaip silpną. Antra, jis turi nepamiršti, jog nuoseklumo reikalaujantis argumentas, skelbiamas apeliuojant į teisingumą, nėra vienintelis į teisingumą apeliuojantis argumentas, į kurį valdžia apskritai, ir konkrečiai teisėjai, turi atsižvelgti. Jeigu jis, visiškai atsiribodamas nuo bet kokio nuoseklumo argumento, mano, jog tam tikras įstatymas arba sprendimas buvo klaidingas, nes jis yra neteisingas pačios bendruomenės teisingumo sampratos požiūriu, tai šio įsitikinimo pakanka išskirti sprendimą ir padaryti jį neatsparų kritikai. Žinoma, šias gaires jis turi taikyti atsižvelgdamas į viso savo pateisinimo vertikalią struktūrą, tą, jog žemesnio lygmens sprendimai yra labiau pažeidžiami negu aukštesnio lygmens sprendimai.

Taigi antrojoje savo klaidos teorijos dalyje Heraklis taikys mažų mažiausiai dvi maksimas. Jeigu jis, pasitelkęs istorijos argumentus arba apeliuodamas į kokią nors teisinės bendruomenės nuovoką, gali įrodyti, jog tam tikras principas, kadaise turėjęs pakankamą autoritetą įtikinti įstatymų leidėją arba teismą priimti teisinį sprendimą, dabar teturi tiek mažai galios, kad vargu ar begali generuoti kokius nors kitus tokio pobūdžio sprendimus, tai tą principą remiantis teisingumo argumentas bus pakirstas. Jeigu, pasitelkęs politinės mora-

lės argumentus, jis gali įrodyti, kad tas principas, nepaisant jo populiarumo, yra neteisingas, tai tą principą remiantis teisingumo argumentas bus paneigtas. Herakliui bus malonu suprasti, kad šių subtilių skirtumų įžvalga yra įprasta kitų teisėjų praktikoje. Jo pasiekimų svarba jurisprudencijai glūdi ne jo sukurtosios sunkiųjų bylų teorijos naujoviškume, o būtent jos įprastume.

6. POLITINIAI PRIEŠTARAVIMAI

Teisių tezė turi du aspektus. Jos aprašomasis aspektas aiškina esamą bylų sprendimo *(adjudication)* institucijos struktūrą. Jos normatyvinis aspektas teikia tos struktūros politinį pateisinimą. Heraklio istorija rodo, kaip įprasta teisėjų praktika galėjo išsirutulioti iš bendro šios tezės akceptavimo. Sykiu tai tą tezę paaiškina tuo aspektu, jog kiek detalizuoja jos implikacijas bei teikia stiprų, nors ir specialaus pobūdžio argumentą jos aprašomajam aspektui paremti. Tačiau ši istorija teikia taip pat ir politinį argumentą jos normatyviniam aspektui paremti. Savo samprotavimą Heraklis pradėjo vedamas noro ne tiesiog pakartoti tai, ką daro kiti teisėjai, bet įgyvendinti tikrąsias institucines teises tų, kurie atvyko į jo teismą. Jeigu jis pajėgus priimti sprendimus, kurie atitinka mūsų teisingumo jausmą, tai – argumentas teisių tezės politinės vertės naudai.

Tačiau dabar galima pasakyti ir tai, jog tam tikri Heraklio istorijos bruožai, priešingai, nepatvirtina normatyvinio teisių tezės aspekto. Įžanginėje šio skyriaus dalyje minėjau gerai žinomą teisėjo originalumo idėjai prieštaraujantį argumentą: tai argumentas demokratijos vardu, skelbiantis, jog išrinktieji įstatymų leidėjai turi daugiau galių priimti geresnius politinius sprendimus. Aš sakiau, kad šis argumentas yra silpnas principo sprendimų atveju, tačiau Heraklio istorija gali sukelti naujų abejonių šiuo klausimu. Iš jo istorijos aišku, jog daugelis Heraklio sprendimų dėl juridinių teisių priklauso nuo politinės teorijos sprendinių, kurie gali būti skirtingi, kai priimami skirtingų teisėjų ar plačiosios visuomenės. Šiam prieštaraujančiam argumentui nesvarbu, kad sprendimas yra principo, o ne politinės

nuostatos sprendimas. Jam tik svarbu, kad sprendimą lemia politinis įsitikinimas, dėl kurio mąstančių žmonių nuomonės nesutampa. Jeigu Heraklis sprendžia bylas remdamasis tokiais sprendimais, tai jis sprendžia savo paties įsitikinimų ir preferencijų pagrindu, o tai atrodo neteisinga, prieštarauja demokratijai ir pažeidžia įstatymo viršenybės principą.

Tokia yra bendra forma prieštaraujančio argumento, kurį apsvarstysiu šiame baigiamajame skirsnyje. Pirmiausia šį prieštaravimą dera vienu svarbiu aspektu paaiškinti. Šis prieštaraujantis argumentas teigia Heraklį politinės moralės klausimais pasikliaujantį savo paties įsitikinimais. Tai yra dviprasmiškas teiginys, nes yra du būdai, kaip pareigūnas gali remtis savo paties nuomone, darydamas sprendimą. Vienas iš jų teisėjo atveju yra nusikalstamas, tačiau kitas yra neišvengiamas.

Kartais pareigūnas kaip savo sprendimo pagrindimą pateikia faktą, jog koks nors asmuo ar grupė laikosi tam tikrų įsitikinimų arba nuomonės. Įstatymų leidėjas balsuodamas už įstatymą, draudžiantį abortą, gali argumentuoti faktu, jog jo rinkėjai mano, kad abortas yra blogis. Tai tam tikra apeliacija į autoritetą: pareigūnas, kuris taip apeliuoja, pats negarantuoja to tikėjimo, į kurį apeliuoja, substancijos, taip pat nelaiko to tikėjimo pagrįstumo savo argumento dalimi. Galime įsivaizduoti teisėją, būtent šiuo būdu apeliuojantį į faktą, jog jis *pats* turi tam tikrą politinę preferenciją. Jis gali būti skeptikas (filosofiniu požiūriu) politinės moralės klausimais. Jis galėtų sakyti, kad vieno žmogaus nuomonė tokiais klausimais nėra vertesnė už kito, nes nė viena neturi jokio objektyvaus statuso, bet kadangi jau taip atsitiko, kad jis pats į abortą žiūri palankiai, abortą draudžiančius įstatymus jis laiko prieštaraujančiais konstitucijai.

Šis teisėjas remiasi tiesiog faktu, jog jis laikosi tam tikros politinės pažiūros, kuri savaime yra pakankamas jo sprendimo pateisinimas. Tačiau teisėjas savo paties įsitikinimu gali remtis kita prasme, – tikėdamas to įsitikinimo teisingumu ar pagrįstumu. Tarkime, kad jis mano, jog, pavyzdžiui, konstitucijos straipsniai dėl tinkamo proceso, kaip teisė, daro negaliojantį bet kokį fundamentalios laisvės suvaržymą, ir kad įstatymai prieš abortą varžo fundamentalią laisvę.

Jis gali pasitikėti šių įsitikinimų pagrįstumu, o ne faktu, kad jis, kitaip nei kiti, išpažįsta būtent juos. Teisėjas neturi tokiu būdu remtis kiekvienos *konkrečios* pažiūros pagrįstumu. Tarkime, dauguma jo kolegų arba prestižinio teisės žurnalo leidėjai, arba bendruomenės dauguma, balsuojanti kokiame nors referendume, laikosi priešingo požiūrio į abortą. Jis gali nuspręsti, kad jo pareiga yra paisyti jų nuomonės dėl to, ko reikalauja konstitucija, nepaisant to, kad jų pažiūra, jo nuomone, yra nepagrįsta. Tačiau tokiu atveju jis remiasi savo paties įsitikinimo, jog jo institucinė pareiga yra šiais klausimais paisyti kitų nuomonės, pagrįstumu. Kitaip tariant, tam tikru momentu jis vis tiek turi remtis savo paties sprendimu, kad apskritai galėtų priimti kokį nors sprendimą.

Heraklis nesiremia savo įsitikinimais pirmuoju iš šių dviejų būdų. Pavyzdžiui, fakto, kad jis išpažįsta tam tikrą, o ne kokią kitą, religinės laisvės koncepciją, jis nelaiko argumentu sprendimo, remiančio tą koncepciją, naudai. Taigi jeigu mūsų svarstomas prieštaraujantis argumentas yra taiklus, tai jis turėtų būti suprantamas kaip prieštaravimas jo rėmimuisi savo įsitikinimais antruoju būdu. Tačiau tuo atveju tai negali būti totalus prieštaravimas, kad jis nesiremtų bet kuriuo iš savo įsitikinimų, nes jis neišvengiamai turi remtis kokiais nors savo įsitikinimais. Veikiau tai nepritarimas jo rėmimuisi tam tikrų jo paties įsitikinimų pagrįstumu; čia argumentuojama, jog jis turėtų paisyti kitų, spręsdamas apie tam tikrus dalykus, net jei jų sprendimai yra, jo nuomone, neteisingi.

Tačiau sunku suprasti, *kokį* sprendimą, pagal šį argumentą, jis turėtų palikti kitiems. Tokia problema nekiltų, jei Heraklis būtų pripažinęs, užuot atmetęs įprastąją bylų sprendimo teoriją. Kaip sakiau anksčiau, anot klasikinės jurisprudencijos, teisėjai bylas sprendžia dviem etapais: jie prieina ribą, kai jau nebeaišku, ko eksplicitiška teisė reikalauja, o tada realizuoja savo nepriklausomą diskreciją, kad sukurtų teisės normą ten, kur teisė yra nepakankama. Pagal šią teoriją, neseniai spręstose aborto bylose[1] Aukščiausiojo teismo teisėjai pir-

[1] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973).

miausia nustatė, jog tinkamo proceso straipsniai ir ankstesni Aukščiausiojo teismo sprendimai nediktuoja vienokio arba kitokio sprendimo. Tuomet, atidėję į šalį konstituciją ir bylas, jie ėmėsi spręsti, ar, jų nuomone, būtų labai neteisinga, jei valstybė delegalizuotų abortą per tris mėnesius.

Įsivaizduokime kitą teisėją, vardu Herbertas, kuris akceptuoja šią bylų sprendimo teoriją ir savo sprendimuose nori ja vadovautis. Herbertas gali pripažinti ir tai, kad moterys turi pamatinę teisę nutraukti nėštumą, ir tai, kad piliečių dauguma mano kitaip. Aptariamasis prieštaraujantis argumentas reikalauja išspręsti šį konfliktą demokratijos naudai, todėl spręsdamas aborto bylas, jis turi realizuoti savo diskreciją ir priimti sprendimą draudžiančių įstatymų naudai. Herbertas galėtų sutikti, ir tada mes turėtume sakyti, kad jis atidėjo į šalį savo moralę daugumos moralės labui. Iš tiesų tai šiek tiek klaidinamas nusakymas. Jo paties moralė pavertė lemiamu tą faktą, jog žmonės laikosi tam tikros pažiūros, o ne leido tai pažiūrai tapti pagrindu. Bet Herbertas taip pat galėtų nesutikti. Jis gali manyti, kad pamatinės teisės apskritai, arba ši teisė konkrečiai, turi turėti viršenybę populiarios nuomonės atžvilgiu, net teisėkūroje, taigi jį saisto pareiga realizuoti įstatymo suteiktą diskreciją paskelbti tuos įstatymus prieštaraujančiais konstitucijai. Tokiu atveju, anot svarstomojo prieštaraujančio argumento, jis klystų, nes savo politinėje teorijoje nepakankamai svarumo teiktų demokratijos principui.

Tačiau kiekvienu atveju šie argumentai, kurie atrodo kaip tyčia sugalvoti Herberto atvejui, kaip argumentai prieš Heraklį kelia problemų. Heraklis nei iš pradžių neieško teisės ribų, nei po to nepasitelkia savo paties politinius įsitikinimus, kad pridurtų tai, ko teisė reikalauja. Pasitelkęs savo sprendimo galią, jis nustato, kokias juridines teises turi bylos šalys, o kai toks sprendimas jau priimtas, niekam nebereikia nusileisti nei jo, nei visuomenės pažiūroms. Tai ne šiaip skirtingas to paties dalyko nusakymas: 4-ame skirsnyje įsitikinome, jog institucinės teisės sprendimas, kaip antai šachmatų teisėjo sprendimas dėl baudą numatančios taisyklės, labai skiriasi nuo nepriklau-

somo politinės moralės sprendimo, įmanomo dėl atviros normų struktūros sąlygotų spragų.

Herbertas nesvarsto, ar atsižvelgti į populiariąją moralę, kol nenustato šalių juridinių teisių. Tačiau kai Heraklis nustatys juridines teises, jis jau bus atsižvelgęs į moralines bendruomenės tradicijas, bent jau tiek, kiek šios yra integruotos į tą institucinio paveldo visumą, kurią interpretuoti yra jo pareiga. Tarkime, jog ankstesniems Aukščiausiojo teismo sprendimams, įgyvendinantiems tinkamo proceso straipsnius, galima pateikti du koherentiškus pateisinimus. Viename iš pateisinimų figūruoja koks nors kraštutinio liberalumo principas, kurio negalima suderinti su daugumos valstijų baudžiamąja teise, o kitame toks principas nefigūruoja. Heraklis negali pasinaudoti pirmuoju pateisinimu kaip leidimu spręsti abortų bylas aborto naudai, net jeigu jis pats yra kraštutinis liberalas. Jo paties politiniai įsitikinimai, palankūs liberalesniam ankstesnių bylų pateisinimui, turi užleisti pozicijas, nes nedera su populiariomis tradicijomis, formavusiomis baudžiamąją teisę, kurią jo pateisinimas taip pat turi paaiškinti.

Žinoma, Heraklio metodai kartais gali reikalauti sprendimo, kuris kokiu nors klausimu prieštarauja populiariai moralei. Tarkime, jog negalima pateikti jokio ankstesnių konstitucinių bylų pateisinimo, į kurį neįeitų pakankamai stiprus liberalumo principas, pakankamai stiprus, kad reikalautų sprendimo aborto naudai. Heraklis tuomet turi priimti tokį sprendimą, kad ir kaip griežtai populiarioji moralė smerkia abortą. Tokiu atveju jis nediegia savo paties įsitikinimų pamindamas bendruomenės pažiūras. Veikiau jis nusprendžia, jog bendruomenės moralė šiuo klausimu yra nenuosekli: jos konstitucinė moralė, kaip pateisinimas, kuris turi būti teikiamas jos teisėjų interpretuojamai konstitucijai, nepateisina jos diskretiško sprendimo konkrečiu aborto klausimu. Tokie konfliktai yra įprasti individualiosios moralės srityje; jeigu mes norime vartoti bendruomenės moralės sąvoką politinėje teorijoje, turime pripažinti konfliktus taip pat ir šios moralės viduje. Žinoma, nekyla klausimas, kaip toks konfliktas turi būti sprendžiamas. Individai turi teisę į nuoseklų principų, kuriais remiasi jų institucijos, įgyvendinimą. Būtent šią institucinę

teisę, apibrėžiamą bendruomenės konstitucinės moralės, Heraklis turi apginti nuo bet kokios nenuoseklios nuomonės, kad ir kokia populiari ji būtų.

Šios hipotetinės bylos rodo, kad prieštaravimą, taikomą Herbertui, vargiai galima pritaikyti kaip prieštaravimą Herakliui. Heraklio bylų sprendimo teorija niekur nenumato jokios galimybės pasirinkti arba savo paties politinius įsitikinimus, arba tuos, kuriuos jis laiko visos politinės bendruomenės politiniais įsitikinimais. Priešingai, jo teorija identifikuoja tam tikrą bendruomenės moralės koncepciją kaip turinčią sprendžiamąją reikšmę tam tikriems teisiniams klausimams; pagal šią koncepciją, bendruomenės moralė yra politinė moralė, suponuojama bendruomenės įstatymų ir institucijų. Žinoma, jis turi remtis savo paties sprendimo galia, spręsdamas, kokie yra tos moralės principai, tačiau tai jau yra antroji mūsų išskirtoji forma, kuri tam tikrame lygmenyje yra neišvengiama.

Tikra tiesa, jog kai kuriais atvejais Heraklio sprendimas dėl šios bendruomenės moralės turinio, taigi jo sprendimas dėl juridinių teisių, bus kontroversiškas. Taip bus visuomet, kai reikia pateisinti institucinę istoriją apeliuojant į kokią nors ginčijamą politinę sąvoką, tokią kaip teisingumas arba laisvė, arba lygybė, tačiau ji nėra tiek detali, kad ją būtų galima pateisinti tik viena kuria iš skirtingų tos sąvokos sampratų. Kaip tokio sprendimo pavyzdį anksčiau pateikiau Heraklio sprendimą nemokamo vežimo autobusu byloje; dabar galime pasitelkti aktualesnį pavyzdį. Tarkime, jog ankstesnės tinkamo proceso bylos gali būti pateisinamos tik kokia nors svarbia teisę į žmogiškąjį orumą, tačiau pačios savaime jos neverčia priimti tokį arba kitokį sprendimą klausimu – ar orumas numato visišką savosios gimdos kontrolę. Jeigu Heraklis imasi aborto bylų, jis turi išspręsti šį klausimą, o kad tai padarytų, turi pasitelkti savo paties orumo supratimą.

Būtų paika neigti, kad tai – politinis sprendimas arba kad skirtingi teisėjai, atstovaujantys skirtingoms subkultūroms, spręstų skirtingai. Vis dėlto, nors tai tiesa, šis sprendimas vis tiek labai skiriasi nuo sprendimo dėl to, ar, viską apsvarsčius, moterys turi pamatinę teisę nutraukti savo nėštumą. Heraklis gali orumą laikyti nesvarbia sąvo-

ka; jeigu jis dalyvautų priimant naują konstitucinę konvenciją, jis galėtų balsuoti už tai, kad tinkamo proceso straipsniai būtų panaikinti ar bent jau pakeisti taip, kad nebeimplikuotų jokios orumo idėjos. Nepaisant to, jis gali spręsti, ar ta sąvoka, teisingai suprasta, apima aborto atvejį. Jis yra šachmatų teisėjo pozicijoje, kuris nepakenčia meritokratijos, tačiau vis viena gali svarstyti, ar intelektualumas apima psichologinio trikdymo gebėjimą.

Žinoma, yra būtina, kad Heraklis turėtų tam tikrą supratimą apie orumo sąvoką, net jeigu jis niekina šią sąvoką; ir šį supratimą jis įgis atkreipdamas dėmesį į tai, kaip ši sąvoką vartojama tų, kuriems ji yra svarbi. Jeigu ši sąvoką figūruoja eilės konstitucinių sprendimų pateisinime, tuomet tai turi būti iškili to meto politinės retorikos ir debatų sąvoka. Heraklis susidarys savo nuomonę apie šią sąvoką atsižvelgdamas į tą kontekstą. Jis dės visas pastangas, kad suprastų, kuo idėja patraukli tiems, kuriems ji patraukli. Jis sukurs, kiek leis jo išgalės, koncepciją, kuri paaiškina, kodėl jiems tai patrauklu.

Tai procesas, kurį patogu suvokti kaip susidedantį iš dviejų stadijų. Heraklis pastebės, tiesiog reflektuodamas savo kalbą, kuriose iš aiškių, išspręstų bylų svarbi ši sąvoka. Pavyzdžiui, jis pastebės, kad vienas žmogus, traktuojantis kitą kaip savo tarną, nors iš tikrųjų nesantis jo darbdaviu, pažeidžia žmogaus orumą. Po to, kiek leis jo išgalės, jis mėgins įsijausti į bendresnę tų, kurie vertina tą sąvoką, tikėjimų ir pažiūrų schemą, kad pažvelgtų į tas aiškias bylas jų akimis. Pavyzdžiui, tarkime, kad jie laikosi kokios nors aristoteliškos savirealizacijos neatidėliojamumo doktrinos arba pasitikėjimą savimi laiko labai didele dorybe. Heraklis turi sukurti kokią nors bendrą sąvokos teoriją, paaiškinančią, kodėl tie, kurie laikosi tos pažiūros arba akceptuoja tą dorybę, taip pat vertins orumą; jeigu jo teorija paaiškins ir tai, kodėl jis, neakceptuodamas tos pažiūros ir tos dorybės, nevertina ir orumo, jo teorija dėl to bus dar sėkmingesnė.

Tada Heraklis pasitelks šią savo orumo teoriją, kad atsakytų į klausimus, kuriuos institucinė istorija palieka atvirus. Jo orumo teorija gali sieti orumą su nepriklausomybe; tuomet orumo klausimas iškils kiekvieną kartą, kai kas nors yra verčiamas prieš savo valią didelę

savo veiklos dalį skirti kitų rūpesčiams. Tuomet jis galėtų pritarti teiginiui, kad moterys turi konstitucinę aborto laisvę, kaip jų pripažintos konstitucinės teisės į orumą aspektą.

Šitaip Heraklis galėtų interpretuoti sąvoką, kurios jis nevertina, kad prieitų sprendimą, kurį atmestų apeliuodamas į pamatinį moralumą. Tačiau išties mažai tikėtina, kad Heraklis dažnai bus tokioje padėtyje; tikėtina, kad daugumą sąvokų, figūruojančių jo bendruomenės institucijų pateisinime, jis laikys naudingomis. Tokiu atveju jo tų sąvokų analizė nebus panaši į tokį sąmoningą sociologinį tyrimą. Jis pradės atsižvelgdamas į tą sąvoką patvirtinančią vertybių schemą, o ne iš pozicijų už jos, ir klausimus apie gelminę moralę, teikiančią vertę tai sąvokai, jis galės pateikti sau, o ne kokiam nors hipotetiškam subjektui. Griežta perskyra tarp pamatinės ir institucinės moralės išblės – ne dėl to, kad institucinė moralė bus pakeista asmeniniais įsitikinimais, o dėl to, kad asmeniniai įsitikinimai bus tapę pačia patikimiausia iš jo turimų institucinės moralės gairių.

Žinoma, tai nereiškia, kad tuomet Heraklis padarys lygiai tokias pačias išvadas dėl ginčijamų aptariamosios sąvokos aspektų, kokias prieitų bet koks kitas teisėjas, – net ir tuomet taip nebus. Priešingai, tuomet jo pozicija bus tokia pati kaip kiekvieno sąmoningo bendruomenės nario, nusiteikusio diskutuoti dėl to, ko tam tikru atveju reikalauja teisingumas, lygybė ar laisvė. Tačiau dabar matome, jog neteisinga manyti, kad sąmoningi piliečiai tokiuose debatuose savo asmeninius įsitikinimus paprasčiausiai iškelia virš kitų įsitikinimų. Jie sykiu ginčija kitas sampratas sąvokos, kurią mano esant jiems bendrą; jie diskutuoja dėl to, kuri iš skirtingų tos sąvokos teorijų geriausiai paaiškina išspręstas ar aiškias bylas, įtvirtinančias tą sąvoką. Šį jų debatų pobūdį ne tokį matomą daro tas faktas, jog sąvokas, dėl kurių ginčijasi, jie laiko vertingomis, taigi samprotauja intuityviai arba introspektyviai, o ne labiau sociologiškai, kaip galėtų žmogus iš šalies; tačiau jeigu jie savo teiginius pateikia kaip teiginius apie visuotinai pripažįstamas sąvokas, šie teiginiai turės tą pačią struktūrą kaip ir stebėtojo iš šalies. Šias svarbias tezes galime apibendrinti taip: bendruomenės moralė, bent jau šiais klausimais, nėra kokia

nors jos narių konkuruojančių pretenzijų suma arba kombinacija, arba funkcija; veikiau ji yra tai, kuo kiekviena iš pretenzijų pretenduoja būti. Kai Heraklis remiasi savąja orumo koncepcija antrąja iš mūsų išskirtųjų prasmių, jis vis tiek remiasi savo paties supratimu apie tai, ką numato bendruomenės moralė.

Taigi visiškai aišku, jog aptariamasis prieštaraujantis argumentas turi būti suprantamas kitaip, kad jį būtų galima panaudoti kaip ginklą prieš Heraklį. Tačiau jo neįmanoma performuluoti ir labiau pritaikyti Heraklio atvejui, neprarandant jo įtaigos. Tarkime, mes sakome, kad Heraklis turi paisyti ne savojo bendruomenės institucinės moralės supratimo, o daugumos tos bendruomenės narių supratimo apie tai, kas tai yra. Šiai rekomendacijai prieštarauja du akivaizdūs faktai. Pirmiausia neaišku, kaip jis gali sužinoti, koks yra tas populiarusis supratimas. Iš fakto, kad žmogus gatvėje nepritaria abortui arba remia įstatymo, kriminalizuojančio abortą, sukūrimą, negalima daryti išvadą, kad jis svarstė, ar nuosekliai taikoma konstitucijos suponuojama orumo sąvoka remia jo politinę poziciją. Tai labai subtilus klausimas, reikalaujantis pajėgumo dialektiškai mąstyti, ir nors eilinis žmogus gali pademonstruoti tokius sugebėjimus, kai jis apgalvotai gina savo poziciją, negalima būti užtikrintam, kad jo politinės preferencijos, išreiškiamos atsitiktinai ar rinkimuose, yra patikrintos šiuo būdu.

Tačiau net jeigu Heraklį tenkina tas faktas, jog, paprasto žmogaus nuomone, orumas nereikalauja teisės į abortą, lieka klausimas, kodėl Heraklis turi paprasto žmogaus nuomonę šiuo klausimu laikyti lemiama. Tarkime, Heraklis mano, kad paprastas žmogus klysta; t. y. kad jo filosofinės pažiūros į tai, ko reikalauja bendruomenės sąvokos, yra klaidingos. Jeigu šioje pozicijoje būtų Herbertas, jis turėtų įtikinamų priežasčių paisyti paprasto žmogaus nuomonių. Herbertas mano, kad kai pozityvios teisės normos yra miglotos arba neapibrėžtos, bylos šalys neturi jokios institucinės teisės, todėl bet koks sprendimas, kurį jis gali priimti, bus originalios teisėkūros produktas. Kadangi tai, ką jis nusprendžia, niekaip nepažeis šalių teisių turėti tai, ką jie turi teisę turėti kaip jo sprendimų subjektai, įtikinamas

yra bent jau argumentas, kad kai jis kuria teisę, jis turi laikyti save daugumos įgaliotiniu. Tačiau Heraklis negali laikytis tokio požiūrio. Jis žino, kad klausimas, kurį jis turi išspręsti, yra šalių institucinių teisių klausimas. Jis žino, kad jeigu jis nuspręs neteisingai, kaip kad atsitiktų, jeigu jis vadovautųsi paprasto žmogaus nuomone, jis atims iš šalių tai, į ką jos turi teisę. Nei Heraklis, nei Herbertas paprasto teisės klausimo nepaliks spręsti populiariajai opinijai; kadangi Heraklis mano, kad šalys turi teises tiek sunkiosiose, tiek ir paprastose bylose, jis populiariąja opinija nesivadovaus ir sunkiosiose bylose.

Žinoma, bet kokio teisėjo sprendimas dėl šalių teisių sunkiosiose bylose gali būti neteisingas, ir aptariamasis prieštaravimas gali išmėginti šią paskutinę galimybę: visus savo argumentus išvesti iš šio fakto. Aptariamasis prieštaraujantis argumentas galėtų pripažinti, *arguendo,* kad Heraklio metodas yra tinkamas Herakliui, kuris, pagal hipotezę, pasižymi didele moraline įžvalga. Tačiau jis neigs, kad tas pats metodas tinka teisėjams apskritai, kurie neturi tokios įžvalgos. Tačiau vertindami šį kvestionavimą, būtinai turime apsvarstyti alternatyvas. Apie neteisingumą kalbame tada, kai teisėjai daro klaidas, spręsdami dėl juridinių teisių, kad ir kam – ieškovui ar atsakovui – būtų naudingos tos klaidos. Aptariamasis prieštaravimas pažymi, kad jie kartais darys tokias klaidas, nes jie yra klystantys ir, bet kuriuo atveju, nesutaria. Tačiau, žinoma, nors mes, kaip socialiniai kritikai, žinome, kad klaidų bus daroma, nežinome – kada, nes mes taip pat ne Herakliai. Bylų sprendimo metodais, iš kurių galima tikėtis, kad jie sumažins bendrą klaidų kiekį, turime pasikliauti remdamiesi kokiu nors vyrų ir moterų, galinčių atlikti įvairius vaidmenis, reliatyvių gebėjimų vertinimu.

Heraklio metodas skatina teisėją imtis savarankiškų sprendimų dėl institucinių teisių. Argumentas, kad teisėjas turi polinkį klysti, galima manyti, iškelia dvi alternatyvas. Pagal pirmąją, kadangi teisėjai yra linkę klysti, jie apskritai neturėtų stengtis nustatyti bylos šalių institucinių teisių, o sunkiąsias bylas turėtų spręsti remdamiesi politinėmis nuostatomis arba iš viso nespręsti. Tačiau toks pasakymas yra per smarkus; čia argumentuojama, jog kadangi teisėjus dažnai

ištinka nesėkmė ir jie priima neteisingus sprendimus, jie turi visai nesistengti priimti teisingus sprendimus. Pagal antrąją alternatyvą, kadangi teisėjai linkę klysti, institucinių teisių klausimus, kylančius sunkiosiose bylose, jie turėtų patikėti kam nors kitam. Tačiau kam? Nėra pagrindo manyti, kad bet kuri kita konkreti grupė turi geresnes moralinio argumentavimo galimybes; arba, jeigu tokio pagrindo esama, turi būti keičiamas teisėjų atrankos procesas, o ne bylų sprendimo metodai, kuriuos naudoti reikalaujama iš teisėjų. Taigi šios formos skepticizmas pats savaime nėra argumentas prieš Heraklio bylų sprendimo metodą, nors, be abejo, jis pravartus kaip priminimas kiekvienam teisėjui, kad jis gali klysti, spręsdamas politinius klausimus, ir kad dėl to, spręsdamas sunkiąsias bylas, jis turi nestokoti kuklumo.

5. Konstitucinės bylos

1.

Kandidatuodamas į prezidento postą Richardas Nixonas žadėjo į Aukščiausiąjį teismą paskirti žmones, reprezentuojančius jo paties teisės filosofiją, pasak jo, „griežtus konstruktyvistus". Tačiau ne visi paskyrimai, kuriuos jis paskiau padarė ir apie kuriuos kalbėjo, atitinka tą teisės filosofiją; jurisprudencija turėjo nedidelę įtaką tautos požiūriui į Haynesworthą ir Carswellą, ką jau kalbėti apie tuos, kurių vos nepaskyrė, Hershellį Friday'jų ir Mildredą Lilly. Tačiau savo sėkmingai pasirinktuosius, Lewisą Powellą ir Williamą Rehnquistą prezidentas pristatė kaip savo teisės teorijos atstovus ir nepraleido progos plačiau pakalbėti apie tą teoriją nacionalinės televizijos žiūrovams. Šie vyrai, sakė jis, įgyvendinsią teisę tokią, kokia ji yra, užuot ją „kraipę ir lankstę" pagal savo pačių asmeninius įsitikinimus, kaip kad, Nixono kaltinimu, darė Warreno teismas.

Nixonas teigė, kad jo neigiamas požiūris į Warreno teismo sprendimus dėl desegregacijos bei kitus jo priimtus sprendimus nėra vien asmenine ar politine antipatija pagrįstas požiūris. Jis argumentavo, kad tie sprendimai nusižengė bylų sprendimo principams, kuriais turėtų vadovautis teismas. Jo požiūriu, teismas, priimdamas tuos sprendimus, uzurpavo teisėtas kitų institucijų galias, įskaitant skirtingų valstijų, kurių mokyklų sistemą teismas siekė reformuoti, įstatymų leidžiamosios valdžios institucijas. Žinoma, ne jis vienas laikėsi tokios pažiūros. Tai būta meto, kai nuomonė, jog Aukščiausiasis teismas viršijo savo teisėtus įgaliojimus, buvo neatsiejama nuo bendrosios konservatyvios pažiūros. Nixonas, Fordas bei daugelis kongresmenų bei Atstovų rūmų narių agitavo už įvairius būdus apriboti teismo galias teisėkūros atžvilgiu. Pavyzdžiui, Nixonas reikalavo

Kongrese priimti įstatymą, kuris suteiktų galią atšaukti svarbius sprendimus, įskaitant bylos *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* sprendimą, suteikusį federaliniams teismams plačias galias naudoti moksleivių pavežėjimo autobusais potvarkius kaip teisinę priemonę įgyvendinti tam tikroms *de facto* segregacijos formoms, o senatorius Jacksonas bei kiti, siekdami to paties, kurį laiką agitavo už konstitucijos papildymą.

Man nerūpės kontroversiškų teismo sprendimų teisingumas nei šių įvairių bandymų, iki šiol nesėkmingų, peržiūrėti jo galias kokia nors įstatymo priėmimo ar papildymo forma išmintingumas. Man rūpi veikiau konstitucinio bylų sprendimo filosofija, kurią teigia išpažįstą politikai, oponuojantys teismui. Aš plėtosiu argumentą, kad iš tikrųjų nėra jokios nuoseklios filosofijos, į kurią gali nenusižengdami nuoseklumui apeliuoti tokie politikai. Taip pat pamėginsiu parodyti, kaip bendroji bylų sprendimo teorija, kurią aprašiau ir apgyniau 4-ame skyriuje, remia bent jau Warreno teismo konstitucijos filosofiją, jeigu ne tuos konkrečius jo sprendimus.

Nixonas jau nebe prezidentas, o jo nusikaltimai buvo tokie sunkūs, kad vargu ar kam labai berūpės jo paties teisės filosofijos detalės. Nepaisant to, tolesnėje argumentacijoje vardą „Nixon" vartosiu nurodyti ne Nixonui, o bet kokiam politikui, besilaikančiam tokių pažiūrų į Aukščiausiąjį teismą, kokias jis dėstė savo politinėse kampanijose. Laimė, buvo tik vienas realus Nixonas, tačiau ta specialia prasme, kuria aš vartoju šį vardą, esama daugybės Nixonų.

Koks gali būti šio sudėtinio Nixono oponavimo kontroversiškiems Warreno teismo sprendimams pagrindas? Nixonas negali prieštarauti šiems sprendimams tik dėl to, kad jie išėjo už ankstesnės teisės ribų, arba sakyti, kad Aukščiausiasis teismas privalo niekuomet nekeisti savo nuomonės. Tiesą sakant, ir pačiam Burgerio teismui, atrodo, terūpėjo viena: apriboti liberalius Warreno teismo sprendimus, tokius kaip *Miranda* bylos. Konstitucijos garantija dėl „vienodos įstatymų apsaugos" iš tiesų aiškiai nesako, kad „atskiros, bet vienodai aprūpintos" mokyklos neatitinka konstitucijos arba kad segregacija buvo toks neteisingas dalykas, jog norint panaikinti pasekmes reikalingos herojiš-

kos priemonės. Tačiau ji taip pat nenumato, kad konstitucinės teisės požiūriu teismas bus neteisus, padarydamas tokias išvadas. Ji palieka šiuos klausimus teismo sprendimui, o teismas bet kuriuo atveju būtų ėmęsis kurti teisę, taip pat ir tuo atveju, jeigu jis, pavyzdžiui, būtų nusprendęs Šiaurės Karolinos įstatymo nelaikyti prieštaraujančiu konstitucijai. Apeliacijos į precedentą pagrindu nustatydamas, jog vienodos apsaugos nuostata to nesuponuoja, būtų taip pat kūręs teisę.

Taigi, kad rastume Nixono pozicijos teorinį pagrindimą, turime ieškoti toliau. Žinoma, gal ir kvaila manyti, kad Nixonas turi teisės teoriją. Galbūt jis paprasčiausiai suklijavo konservatyvios retorikos lozungus arba yra priešiškas bet kokiam teisėjų sprendimui, kuris individų teises panaudoja prieš įtvirtintą valdžią. Tačiau Nixonas, šiaip ar taip, yra teisininkas, ir bet kuriuo atveju jo konservatyvias pažiūras remia labai daug teisininkų ir keletas labai nusipelniusių teisės mokslininkų. Todėl svarbu suprasti, kokiu mastu šią konservatyvią poziciją galima apginti principo požiūriu, o ne vien kaip išankstinę nuostatą.

2.

Konstitucinė teorija, grindžianti mūsų valdžios sistemą *(government)*, nėra paprasta mažoritarinė teorija. Konstitucija, ir konkrečiai Teisių bilis, yra sukurti apsaugoti individualius piliečius ir grupes nuo tam tikrų sprendimų, kuriuos gali priimti dauguma piliečių, net jeigu ta dauguma veikia, kaip ji pati laiko, vardan bendro ar visuotinio intereso. Kai kurie iš šių konstitucinių suvaržymų turi gana preciziškų normų formą, tokių kaip norma, reikalaujanti prisiekusiųjų teismo federaliniame baudžiamajame procese, arba gal ir norma, draudžianti nacionaliniam Kongresui varžyti žodžio laisvę. Tačiau kiti suvaržymai turi formą to, kas dažnai vadinama „miglotais" standartais, pavyzdžiui, nuostatos, kad valdžia negali pažeisti žmonių teisės į tinkamą teisės procesą ar vienodą teisinę apsaugą.

Tokį susikirtimą su demokratine praktika reikia pateisinti. Konstitucijos teksto kūrėjai rėmėsi prielaida, kad šiuos suvaržymus gali-

ma pateisinti apeliuojant į moralines teises, kurias individai turi daugumos atžvilgiu ir kurias galima sakyti esant pripažįstamas ir saugomas konstitucinių nuostatų, tiek „miglotų", tiek preciziškų.

„Migloti" standartai yra juos parengusių ir priėmusių žmonių, kurie būtų galėję vietoj jų priimti specifiškesnes ir labiau apibrėžtas normas, sąmoningo pasirinkimo rezultatas. Tačiau jų sprendimas pasirinkti tokias formuluotes, kokias jie pasirinko, lėmė didelę teisinę ir politinę kontroversiją, nes net protingi geros valios žmonės nesutaria, kai mėgina išaiškinti, pavyzdžiui, tas moralines teises, kurias į teisę įtraukia tinkamo proceso arba vienodos apsaugos nuostatos. Taip pat jie nesutaria, kai mėgina taikyti šias teises, kad ir kaip apibrėžtas, spręsdami sudėtingus politinio administravimo klausimus, tokius kaip švietimo, kurie tapo segregacijos bylų objektu.

Egzistuoja tradicija nurodyti „griežtąją" ir „liberaliąją" šių kontroversijų puses; tuomet Aukščiausiąjį teismą galima sakyti segregacijos bylose užėmus „liberaliąją" poziciją, o jo kritikus – „griežtąją" poziciją. Nixonas turi galvoje šią perskyrą, vadindamas save „griežtuoju konstruktyvistu". Tačiau ši perskyra iš tikrųjų yra klaidinanti, nes painioja du skirtingus klausimus, kuriuos reikia atskirti. Bet kokį „miglotų" konstitucinių garantijų reguliuojamą atvejį galima suprasti kaip keliantį du klausimus: (1) Kokio sprendimo reikalauja griežtas laikymasis, t. y. ištikimybė konstitucijos tekstui arba intencijai tų, kurie priėmė tą tekstą? (2) Kokio sprendimo reikalauja politinė filosofija, kuri laikosi griežtojo, t. y. siauro požiūrio į moralines teises, kurias individai turi visuomenės atžvilgiu? Identifikavus šiuos klausimus, tampa akivaizdu, kad jie gali turėti skirtingus atsakymus. Pavyzdžiui, Pirmojo papildymo tekstas sako, kad Kongresas negali išleisti *jokio* įstatymo, kuris varžytų žodžio laisvę, tačiau siaurasis požiūris į individualias teises leistų daug tokių įstatymų, pradedant šmeižtą ir nepadorumą reglamentuojančiais įstatymais ir baigiant tokiais kaip Smitho aktas.

Tačiau „miglotų" nuostatų, tokių kaip tinkamo proceso ir lygios apsaugos nuostatos, atveju teisininkai painioja tuos du klausimus, nes jie remiasi – dažniausiai to nepripažindami – reikšmės teorija,

kurią galima nusakyti taip: jeigu konstitucijos rengėjai suformulavo miglotas nuostatas kaip kad tuomet, kai pasmerkė „tinkamo teisės proceso" pažeidimus, tuomet tai, ką jie „pasakė" arba „norėjo pasakyti", nurodo tik tuos pareigūnų veiksmus, kuriuos jie turėjo galvoje kaip pažeidimus, arba bent jau tuos veiksmus, kuriuos jie būtų laikę pažeidimais, jeigu būtų turėję galvoje. Jeigu tie, kurie buvo atsakingi už konstitucijos papildymą tinkamo proceso nuostata, manė, kad numatyti atskirą ugdymą skirtingoms rasėms yra fundamentaliai neteisinga, arba turėjo detalias pažiūras į teisingumą, kurios lėmė tą išvadą, tai sprendimai dėl segregacijos gali būti pateisinami jų paskelbto principo taikymu. Antraip jų nebūtų įmanoma pateisinti šiuo būdu, ir tada reikėtų daryti išvadą, jog teisėjai konstitucijos kūrėjų norėtas įtvirtinti teisingumo idėjas pakeitė savo pačių idėjomis.

Pagal šią teoriją, griežta teksto interpretacija teikia siaurą pažiūrą į konstitucines teises, nes šias teises ji tapatina su teisėmis, pripažįstamomis ribotos žmonių grupės tam tikru istorijos momentu. Liberalesnio teisių supratimo šalininkus ji verčia prisipažinti, kad jie nutolsta nuo griežtai apibrėžto teisinio autoriteto, o tokį nutolimą jie tuomet turi siekti pateisinti tik apeliuodami į jų siekiamų rezultatų patrauklumą.

Tačiau reikšmės teorija, nuo kurios priklauso šis argumentas, yra pernelyg primityvi; ji ignoruoja filosofų daromą, tačiau teisininkų dar nepripažintą perskyrą. Tarkime, jog savo vaikams paprasčiausiai sakau, kad aš iš jų tikiuosi, jog jie nesielgs neteisingai su kitais. Be abejo, turiu galvoje pavyzdžius elgesio, kurį laikau netinkamu, tačiau nesutiksiu, kad mano „intencija" buvo nurodyti tik tuos pavyzdžius – dėl dviejų priežasčių. Pirma, aš tikėčiausi, kad mano vaikai taikys mano nurodymus situacijoms, apie kurias nebuvau pagalvojęs ir nebūčiau galėjęs pagalvoti. Antra, esu pasirengęs pripažinti, kad tam tikras konkretus aktas, kurį kalbėdamas maniau esant teisingą, iš tikrųjų buvo neteisingas, arba *vice versa*, jeigu vienas iš mano vaikų vėliau įstengia mane tuo įtikinti; tokiu atveju aš greičiausiai norėsiu pasakyti, jog mano pamokymai apima jo nurodomą atvejį, o ne

kad aš pakeičiau savo nurodymus. Galėčiau sakyti mano intenciją buvus tą, kad šeima vadovautųsi teisingumo *sąvoka,* o ne kokia nors specifiška teisingumo samprata, kurią galėjau turėti galvoje.

Tai esminė perskyra, prie kurios verta sustoti, kad į ją pasigilintume. Tarkime, grupėje įprasta manyti, kad aktai gali turėti tam tikrą moralinę ydą, vadinamą neteisingumu, kurią sudaro neteisingas naudos ir pareigų naštos padalijimas arba neteisingas garbės ir negarbės priskyrimas. Taip pat tarkime, kad ji yra vieningos nuomonės dėl daugelio standartinių neteisingumo atvejų ir pasitelkia šiuos kaip etalonus kitiems, kontroversiškesniems atvejams testuoti. Taigi ši grupė turi neteisingumo sąvoką ir jos nariai gali apeliuoti į tą sąvoką moraliniuose nurodymuose ar moralinėje argumentacijoje. Tačiau tos grupės nariai vis tiek gali nesutarti dėl daugelio tų kontroversiškų atvejų tokiu būdu, kuris rodo, kad kiekvienas iš jų turi arba praktiškai vadovaujasi skirtinga teorija, aiškinančia, *kodėl* tie standartiniai atvejai laikytini neteisingumo aktais. Kitaip tariant, jie gali nesutarti, kokiais kitais fundamentiniais principais dera remtis siekiant parodyti, kad tam tikras padalijimas arba priskyrimas yra neteisingas. Taigi nariai turi skirtingas teisingumo sampratas.

Jeigu taip, tai šios bendruomenės nariai, kurie duoda nurodymus arba nustato standartus apeliuodami į teisingumą, gali daryti du skirtingus dalykus. Pirma galimybė ta, kad, duodami nurodymą kitiems elgtis teisingai, jie apeliuoja į teisingumo sąvoką; tokiu atveju tiems, kuriuos jie moko, jie skiria atsakomybę kontroversiškais atvejais išplėtoti ir taikyti savarankišką teisingumo sampratą. Tai, žinoma, nėra tolygu diskrecijos veikti kaip savo nuožiūra suteikimui; čia nustatomas standartas, kurį jie turi stengtis atitikti (nors tai jiems gali ir nepavykti), nes jis suponuoja, jog viena samprata yra pranašesnė už kitą. Žmogus, kuris šiuo būdu apeliuoja į tą sąvoką, gali turėti savo sampratą, kaip aš, kai liepiau savo vaikams teisingai elgtis; tačiau jis šią sampratą laiko tik savo paties teorija, aiškinančia, kas turi atitikti jo nustatytą standartą, todėl pakeitęs savo teoriją, jis nepakeičia to standarto.

Kita galimybė – jog bendruomenės nariai skelbia tam tikrą teisingumo sampratą; aš, pavyzdžiui, tai būčiau padaręs, jei būčiau išvardi-

jęs savo pageidavimus kontroversiškų pavyzdžių atžvilgiu arba jeigu – tai dar mažiau tikėtina – būčiau apibrėžęs kokią nors kontroversišką ir eksplicitišką teisingumo teoriją, kaip kad jeigu būčiau sakęs, jog sunkiuosius atvejus reikia spręsti taikant utilitarinę Jeremy Benthamo etiką. Skirtumą sudaro ne teikiamų nurodymų *detalės,* bet teikiamų nurodymų *rūšis.* Apeliuodamas į teisingumo sąvoką, aš apeliuoju į tai, ką teisingumas reiškia, ir neteikiu jokio ypatingo vaidmens savo pažiūroms tuo klausimu. Nustatydamas teisingumo sampratą, aš nustatau, ką vadinsiu teisingumu, taigi mano požiūris šiuo atveju yra svarbiausias. Apeliuodamas į teisingumą, aš keliu moralinį klausimą; nustatydamas savo teisingumo sampratą, aš mėginu atsakyti į jį.

Padarius šią perskyrą, atrodo akivaizdu, jog tas konstitucijos nuostatas, kurias vadinau „miglotomis", turime laikyti reprezentuojančiomis apeliacijas į jų vartojamas sąvokas, tokias kaip teisėtumas, lygybė ir žiaurumas. Pavyzdžiui, Aukščiausiasis teismas galėtų greitai nuspręsti, ar mirties bausmė yra „žiauri" tuo atžvilgiu, kuriuo žiaurumą apibrėžia konstitucinė nuostata draudžianti „žiaurias ir neįprastas bausmes". Teismas klystų, jeigu labai didelę reikšmę teiktų faktui, jog nuostatos priėmimo metu mirties bausmė buvo standartinė ir nekvestionuojama. Tai turėtų lemiamą reikšmę, jeigu nuostatos rengėjai būtų norėję nustatyti tam tikrą žiaurumo sampratą, nes būtų įrodymas, kad pagal tą sampratą mirties bausmė nepatektų į šią kategoriją. Tačiau tas faktas neturi lemiamos reikšmės tam klausimui, su kuriuo dabar susidūrė teismas, būtent: ar teismas, atsiliepdamas į teisės rengėjų apeliaciją į žiaurumo sąvoką, dabar gali ginti sampratą, kuri mirties bausmės nelaiko žiaurumu?

Tie, kurie nepaiso sąvokų ir sampratų perskyros, bet mano, kad teismas turėtų imtis naujai nustatyti, ar mirties bausmė yra žiauri, yra priversti remtis silpnais argumentais. Jie sako, kad žiaurumo suvokimas laikui bėgant kinta ir kad teismas turi turėti galimybę atmesti pasenusias sampratas; tai leidžia daryti prielaidą, kad teismas privalo pakeisti tai, ką nustatė konstitucija. Tačiau iš tikrųjų tai, ką sako konstitucija, teismas gali įgyvendinti tik pats nuspręsdamas, ką laikyti žiaurumu, kaip mano pavyzdyje tai, ką liepiau, mano vaikai gali padaryti

tik patys nuspręsdami, kas yra teisingas elgesys. Jeigu tie, kurie priėmė tas plačiaprasmes nuostatas, norėjo nustatyti tam tikras sampratas, jie būtų pasitelkę tokias formuluotes, kurios šiam tikslui paprastai vartojamos, t. y. būtų patelkę tam tikras minėtų sąvokų teorijas.

Išties dabar galima suprasti, jog pati šių nuostatų vadinimo „miglotomis" tradicija, prie kurios aš prisidėjau, remiasi klaida. Nuostatos yra miglotos tik jeigu mes jas laikome nevykusiais arba nebaigtais, arba schematiškais mėginimais nustatyti tam tikras sampratas. Jeigu jas laikome apeliacijomis į moralines sąvokas, tai jų negalima padaryti preciziškesnių detalizavimo būdu[1].

Todėl dviejų „griežtos konstrukcijos" prasmių painiojimas iš tiesų yra labai klaidinantis. Jeigu teismai stengiasi būti ištikimi konstitucijos tekstui, jie būtent dėl šios priežasties bus priversti rinktis iš konkuruojančių politinės moralės sampratų. Antai, pavyzdžiui, neteisinga užsipulti Warreno teismą dėl to, kad jis konstitucijos teksto nelaikė saistančiu. Priešingai, jeigu mes norime ištikimybę tam tekstui laikyti aukščiausiu konstitucijos interpretavimo reikalavimu, tai klysta būtent konservatyvieji Warreno teismo kritikai, nes jų filosofija nepaiso moralinio principo klausimų, nors to reikalauja teksto logika.

Šį dalyką pateikiu atsargiai, nes mes galime ir nenorėti pripažinti ištikimybę teksto dvasiai aukščiausiu konstituciniu bylų sprendimo principu. Pavyzdžiui, teismams gali būti svarbiau konstitucines bylas išspręsti taip, kad būtų gerbiami kitų valdžios institucijų sprendimai. Arba teismams gali labiau rūpėti apginti įtvirtintas teisės doktrinas, kad piliečiai ir valdžia galėtų pasikliauti teismų ištikimybe tam, ką patys anksčiau pasakė. Tačiau labai svarbu pripažinti, kad tokios politinės nuostatos konkuruoja su principu, pagal

[1] Ne toks klaidinantis yra pasakymas, jog konstitucijos plačios prasmės nuostatos „deleguoja" teismui galią įgyvendinti savo paties politinės moralės sampratas. Tačiau net ir tai netikslu, jeigu tai reikšia, kad teismui nereikia pateisinti savo sampratos argumentais, įrodančiais ryšį tarp jo sampratos ir standartinių bylų taip, kaip aprašėme tekste. Jeigu teismas nustato, kad mirties bausmė yra žiauri, jis tai turi tai pagrįsti remdamasis kokiais nors principais ar principų grupėmis, kurie nustato ekvivalenciją tarp mirties bausmės ir kankinimo žnyplėmis suole.

kurį konstitucija yra fundamentalus ir imperatyvus konstitucinės teisės šaltinis. Jos nėra, kaip mano „griežtieji konstruktyvistai", tiesiog išvestos iš to principo.

3.

Be to, jei laikomės tokio požiūrio šiuo klausimu, tuos konkuruojančius politinės nuostatos argumentus galime įvertinti nepasiduodami painiavai, kurią įneša populiarus „griežtos konstrukcijos" supratimas. Šiuo tikslu dabar noriu palyginti ir supriešinti dvi labai bendras filosofijas, aiškinančias, kaip teismai turėtų spręsti sudėtingus arba kontroversiškus konstitucinius klausimus. Šias dvi filosofijas vadinsiu taip, kaip jos vadinamos teisinėje literatūroje, – „teisminio aktyvizmo" *(„judicial activism")* ir „teisminių suvaržymų" *(„judicial restraint")* programomis, – tačiau netrukus paaiškės, kad šie pavadinimai tam tikra prasme yra klaidinantys.

Anot teisminio aktyvizmo programos, teismai turi akceptuoti vadinamųjų miglotų konstitucinių nuostatų gaires maždaug taip, kaip aš tai aprašiau, nepaisydami mano minėtų konkuruojančių motyvacijų. Jie turi išplėtoti teisėtumo, lygybės bei visus kitus principus, šiuos principus nuolat peržiūrėti, atsižvelgdami į, teismo nuomone, pasikeitusius moralinius vertinimus, ir atitinkamai įvertinti Kongreso, valstijų bei Prezidento aktus. (Tai griežčiausia šios programos forma; iš tikrųjų jos šalininkai paprastai ją tam tikru būdu patikslina, tačiau šiuos patikslinimus dabar ignoruosiu.)

Teisminių suvaržymų programa, priešingai, argumentuoja, kad teismai turėtų neliesti kitų valdžios institucijų sprendimų, net kai šie žeidžia pačių teisėjų supratimą apie tai, kokių principų reikalauja plačiaprasmės konstitucinės doktrinos, išskyrus tuos atvejus, kai tie sprendimai yra tokie nepriimtini politinės moralės požiūriu, kad jie tas nuostatas pažeistų pagal bet kokią pagrįstą interpretaciją, arba galbūt, kai aiškus precedentas reikalauja priešingo sprendimo. (Ir vėl: tai šią programą perteikia radikalia forma; tie, kurie išpažįsta tą politinę nuostatą, ją įvairiais būdais patikslina.)

Tokiose bylose, kaip segregacijos bylos, Aukščiausiasis teismas laikėsi aktyvizmo, o ne suvaržymų politikos, nes vienodos apsaugos nuostatų tekstas paliko atvirą klausimą, ar įvairios konkrečių valstijų švietimo praktikos turi būti laikomos pažeidžiančiomis konstituciją, joks aiškus precedentas nebuvo nustatęs, kad jos pažeidė konstituciją, ir protingų žmonių nuomonės galėjo nesutapti su tuo susijusiais moraliniais klausimais. Jeigu teismas būtų vadovavęsis teisminių suvaržymų programa, *Swann* byloje jis būtų palaikęs Šiaurės Karolinos įstatymą, užuot pasisakęs prieš jį. Tačiau suvaržymų programa ne visuomet sąlygotų sprendimus, kurie tenkintų politinius konservatorius. Ankstyvuoju Naujojo kurso *(the New Deal)* etapu, kaip skubėtų nurodyti Warreno teismo kritikai, būtent liberalai prieštaravo teismo sprendimams, kurie panaikino Kongreso aktus, argumentuodami tinkamo proceso nuostatomis.

Todėl gali atrodyti, jog jeigu Nixonas turi teisės teoriją, ji yra iš esmės priklausoma nuo kokios nors teisminio suvaržymo teorijos. Tačiau dabar turime nurodyti perskyrą tarp dviejų teisminių suvaržymų formų, mat esama dviejų skirtingų ir, tiesą pasakius, nesuderinamų pagrindimų, kuriais gali remtis ši politinė nuostata.

Pirmasis yra politinio *skepticizmo* teorija, kurią būtų galima nusakyti taip. Teisminio aktyvizmo politinė nuostata suponuoja tam tikrą moralinio principo objektyvumą; konkrečiai, ji suponuoja, kad piliečiai turi tam tikras moralines teises valstybės atžvilgiu, tokias kaip moralinė teisė į viešosios edukacijos lygybę arba piliečio teisė į tinkamą policijos elgesį su juo. Tik jeigu tokios moralinės teisės kuria nors prasme egzistuoja, aktyvizmas gali būti pateisintas kaip programa, pagrįsta kažkuo daugiau nei teisėjo asmeninėmis preferencijomis. Skeptiškoji teorija puola aktyvizmą iš pagrindų; ji tvirtina, kad iš tikrųjų individai neturi tokių moralinių teisių valstybės atžvilgiu. Jie turi tik tas *juridines* teises, kurias suteikia konstitucija, o šių galiojimo sritis apima tik tuos aiškius ir neginčijamus viešosios moralės pažeidimus, kuriuos tikrai turėjo turėti galvoje rengėjai arba kurie per tą laiką buvo nustatyti remiantis precedentu.

Kitas galimas suvaržymo programos pagrindimas yra *paklusimo teisei (deference)* teorija. Ši teorija, priešingai nei skeptiškoji, remiasi

prielaida, kad piliečiai turi moralinių teisių valstybės atžvilgiu be to, ką jiems eksplicitiškai numato teisė, tačiau ji pažymi, kad dėl šių teisių pobūdžio ir tvirtumo galima diskutuoti, ir argumentuoja, jog kitos politinės institucijos, ne teismai, yra atsakingos už sprendimą, kokias teises reikia pripažinti.

Tai svarbi perskyra, nors konstitucinės teisės literatūra jos ir nenubrėžia bent kiek aiškiau. Skeptinė teorija ir paklusimo teorija radikaliai skiriasi pateisinimo pobūdžiu, kurį kiekviena priima, ir savo implikacijomis bendresnėms moralinėms teorijoms žmonių, kurie sakosi jų laikąsi. Šios teorijos yra tokios skirtingos, kad dauguma Amerikos politikų nenusižengdami nuoseklumui gali akceptuoti antrąją, bet ne pirmąją.

Skeptikas laikosi pažiūros, kaip sakiau, kad žmonės neturi moralinių teisių valstybės atžvilgiu ir turi tik tas juridines teises, kurias eksplicitiškai numato teisė. Tačiau ką tai reiškia ir kokiu argumentu skeptikas galėtų apginti savo požiūrį? Žinoma, moralės filosofijoje labai gyvai ginčijamasi dėl moralinių teisių prigimties ir statuso bei reikšmingu mastu nesutariama dėl to, kokios jos yra, jeigu apskritai verta apie jas kalbėti. Mėgindamas atsakyti į šiuos klausimus, remsiuosi nuosaikia moralinių teisių valstybės atžvilgiu teorija, kurią plėtoju 7-ame skyriuje. Pagal šią teoriją, žmogus turi moralinę teisę valstybės atžvilgiu, jeigu dėl kokios nors priežasties valstybė su juo tam tikru būdu blogai elgiasi, net jei ji tai daro dėl bendro intereso. Antai, pavyzdžiui, juodaodis vaikas turi moralinę teisę į vienodą lavinimą, jeigu yra neteisinga, jei valstybė neteikia tokio lavinimo, net jeigu bendruomenė kaip visuma dėl tos teisės nukenčia.

Noriu tarti keletą žodžių apie šio būdo suvokti moralines teises valstybės atžvilgiu privalumus. Daugelis teisininkų santūriai kalba apie moralines teises, nors jiems ir paprasta kalbėti apie tai, kas yra teisingas ir kas neteisingas valdžios elgesys, mat jie mano, kad teisės, jeigu jos apskritai egzistuoja, yra mistinis dalykas, kurį vyrai ir moterys turi panašiai, kaip jie turi realius dalykus, tokius kaip glandos. Tačiau teisės ta prasme, kuria aš siūlau vartoti šį terminą, nesiremia tokios rūšies ontologinėmis prielaidomis: jos tiesiog rodo, jog teisių teiginys

(claim of right) yra ypatingos rūšies sprendimas (suvaržyto sprendimo prasme) dėl to, kokie valdžios veiksmai yra teisingi, o kokie – ne.

Be to, šis būdas suvokti teises išvengia kai kurių žinomų problemų, susijusių su šia sąvoka. Jis leidžia mums sakyti, – nebūgštaujant, kad tai skambės keistai, – jog teisės skirtingose bylose ir skirtingais istorijos momentais gali skirtis savo tvirtumu ir pobūdžiu. Jeigu apie teises galvojame kaip apie daiktus, šios metamorfozės atrodo keistos, tačiau mums nėra neįprasta idėja, kad moraliniai sprendimai dėl to, ką daryti yra teisinga, o ką – neteisinga, yra sudėtingi ir įtakojami motyvacijų, kurios yra reliatyvios ir kinta.

Skeptikas, kuris nori pateikti argumentų prieš pačią tokių teisių valstybės atžvilgiu galimybę, imasi sunkaus uždavinio. Mano galva, jis turi remtis viena iš trijų bendro pobūdžio pozicijų: (a) Jis gali užimti platesnio masto moralinio skepticizmo poziciją ir manyti, kad net kalbėti apie aktą kaip moraliai teisingą arba klaidingą yra beprasmiška. Jeigu joks aktas nėra moraliai neteisingas, tai Šiaurės Karolinos valdžia negali būti neteisi, atsisakydama suteikti autobusų transportą vaikams. (b) Jis gali išpažinti griežtos formos utilitarizmą, paremtą prielaida, kad vienintelė priežastis, dėl kurios mes apskritai kada nors turime aktą laikyti teisingu arba klaidingu, yra jo reikšmė bendrojo intereso požiūriu. Pagal šią teoriją, būtų nelogiška sakyti, kad, nors tai neduoda naudos bendruomenei apskritai, vežimo autobusu galima reikalauti apeliuojant į moralę. (c) Jis gali akceptuoti kokią nors totalitarinę teorijos formą, kuri individo interesus sulieja su visos bendruomenės gerove, taigi neigia, kad tie du dalykai gali konfliktuoti.

Tik nedaugelis Amerikos politikų galėtų akceptuoti kurį nors iš šių trijų pagrindimų. Pavyzdžiui, Nixonas negalėtų, nes jis prisistato kaip moralinis fundamentalistas, giliai širdyje suprantantis, kad pornografija yra blogis ir kad kai kurie Pietų Vietnamo žmonės turi apsisprendimo teisę, kuria remdamiesi jie ir mes galime teisėtai žudyti daugybę kitų žmonių.

Tačiau aš nenoriu pasakyti, kad niekas negalėtų pateikti skepticizmu pagrįstų argumentų teisėjų suvaržymų naudai; priešingai, kai kurie iš geriausiai žinomų suvaržymo advokatų savo argumentus konstra-

vo vien tik skeptiniais pagrindais. Pavyzdžiui, 1957 metais didis teisėjas Learned Handas Harvarde skaitė paskaitų ciklą pagal Oliverio Wendello Holmeso programą. Handas buvo Santayanos studentas ir Holmeso mokinys, ir moralinis skepticizmas buvo jo vienintelė religija. Jis gynė teisminių suvaržymų doktriną ir sakė, kad Aukščiausiasis teismas padarė blogai, *Brown* byloje paskelbdamas mokyklų segregaciją neteisėta. Klaidinga manyti, sakė jis, kad teiginiai apie moralines teises išreiškia ką nors daugiau nei kalbėtojo teikiamas pirmenybes. Jeigu Aukščiausiasis teismas savo sprendimus teisina tokiais teiginiais, užuot rėmęsis pozityviąja teise, jis uzurpuoja įstatymo leidėjo vietą, nes nuspręsti, kieno teikiamos pirmenybės turi vyrauti, yra daugumai atstovaujamosios įstatymų leidžiamosios valdžios darbas.

Ši paprasta apeliacija į demokratiją yra sėkminga, jeigu akceptuojame skeptiškąją prielaidą. Žinoma, jeigu žmonės neturi jokių teisių daugumos atžvilgiu, jeigu politinis sprendimas yra tiesiog sprendimas dėl to, kieno prioritetai turi gauti viršų, tai demokratija yra rimtas motyvas palikti tą sprendimą demokratiškesnėms negu teismai institucijoms, net jeigu tos institucijos priima sprendimus, kurie teisėjams labai nepatinka. Tačiau jeigu remiamasi ne skepticizmu, o paklusimu, teisminiam suvaržymui paremti prireiks, kaip pamėginsiu parodyti, visai kitokio ir kur kas trapesnio argumento, apeliuojančio į demokratiją.

4.

Jeigu Nixonas laikosi nuoseklios konstitucinės teorijos, tuomet tai yra suvaržymo teorija, pagrįsta ne skepticizmu, o paklusimu. Jis mano, kad teismai neturi spręsti kontroversiškų politinės moralės klausimų, nes jie turi palikti šiuos sprendimus kitoms valdžios institucijoms. Priskyrę Nixonui šią politinę nuostatą, galime suprasti jo kaltinimą, jog Warreno teismas „kraipė ir lankstė“ teisę. Jis turi galvoje, kad jie kraipė ir lankstė paklusimo teisei principą, tačiau tai per silpnas pasakymas: tiksliau būtų sakyti, kad jie tą principą apskritai ignoravo. Tačiau ar esama kokių svarbių priežasčių laikytis šios politinės nuostatos dėl paklusimo? Jeigu šią politinę nuostatą būtų galima įrodyti esant ne-

pagrįstą, Nixono jurisprudencija būtų pakirsta iš pagrindų, ir jis turėtų atsisakyti raginimo toliau keisti Aukščiausiojo teismo teisėjus arba Kongresui adresuotų raginimų oponuoti teismui tos nuostatos vardu.

Yra vienas labai populiarus argumentas už paklusimo politinę nuostatą, argumentas, kurį galima laikyti apeliuojančiu į demokratiją. Pagal šį argumentą, mažių mažiausiai diskutuotina, ar pagrįsta lygybės samprata draudžia segreguotą edukaciją, ar reikalauja tokiomis priemonėmis kaip moksleivių gabenimas autobusu ją žlugdyti. Kas turėtų spręsti šiuos diskutuotinus moralinės ir politinės teorijos klausimus? Vašingtono teismo narių dauguma, kurie paskirti iki mirties ir nėra politiškai atsakingi visuomenei, kurios nariai savo gyvenime patirs to sprendimo poveikį? Ar išrinkti ir atskaitingi valstijos ar nacionaliniai įstatymų leidėjai? Demokratas, kaip suponuoja šis argumentas, gali akceptuoti tik antrąjį atsakymą.

Tačiau argumentas apeliuojant į demokratiją yra silpnesnis, negu gali iš pradžių atrodyti. Pirmiausia, šis argumentas remiasi prielaida, jog valstijos įstatymų leidžiamosios valdžios institucijos iš tikrųjų yra atsakingos žmonėms taip, kaip teigia demokratinė teorija. Tačiau visose valstijose, nors skirtingu mastu ir dėl skirtingų priežasčių, taip nėra. Kai kurioms valstijoms labai toli iki šio idealo. Tačiau tai pabrėžiu ne tiek dėl to, kad tai sužlugdo argumentą, apeliuojantį į demokratiją, kiek dėl to, kad tai suponuoja būtinybę reikalauti daugiau demokratijos, o tai kas kita. Aš noriu sutelkti dėmesį į klausimą, ar šiuo atžvilgiu apeliacija į demokratiją yra teisinga bent iš principo.

Aptariamasis argumentas remiasi prielaida, kad demokratijoje visus neišspręstus klausimus, įskaitant moralinio ir politinio principo klausimus, turi spręsti tik tos institucijos, kurios yra politiškai atsakingos tokiu būdu, kokiu teismai nėra atsakingi. Kodėl turime akceptuoti šią pažiūrą į demokratiją? Sakyti, kad tai yra tai, ką reiškia demokratija, nebus pravartu, nes neteisinga manyti, jog žodis, kaip toks, turi tokią precizišką reikšmę. Net jeigu ir būtų, mes tada privalėtume perfrazuoti savo klausimą ir paklausti, kodėl mums būtina demokratija, jeigu tariame, kad ji reiškia būtent tai. Ne geresnis ir pasakymas, kad ta pažiūra į demokratiją yra įtvirtinta Amerikos kons-

titucijoje ar taip įsigalėjusi mūsų politinėje tradicijoje, jog esame saistomi pareigos jai. Mes negalime tvirtinti, kad konstitucija, kuri neįtvirtina jokios normos, numatančios tik aiškių bylų teisminės peržiūros galimybę, pagrindžia demokratijos teoriją, kuri atmeta platesnės peržiūros galimybę, negalime taip pat sakyti, kad ir iš tiesų mūsų teismai nuosekliai pripažįsta tokį suvaržymą. Nixono argumentas siekia įteigti, kad jie jį pripažįsta.

Taigi argumentas, apeliuojantis į demokratiją, nėra toks argumentas, kuriam esame įsipareigoję savo žodžiais arba savo praeitimi. Mes turime jį pripažinti, jei iš viso turime, dėl jo paties logikos stiprumo. Tačiau kad šiuos argumentus patikrintume kruopščiau, turime padaryti dar vieną perskyrą. Šis argumentas, kaip aš jį išdėsčiau, gali būti plėtojamas dviem skirtingais būdais: galima tvirtinti, kad paklusimas teisei yra būtinas, nes išties tikėtina, jog demokratinės institucijos, tokios kaip įstatymų leidžiamosios valdžios institucijos, priims *labiau pagrįstus* palyginti su teismu sprendimus pagrindiniais klausimais, kuriuos kelia konstitucinės bylos, t. y. dėl individo moralinių teisių valstybės atžvilgiu esmės.

Arba galima sakyti, kad dėl kokios nors priežasties tokius klausimus *teisingiau* pavesti spręsti demokratinei institucijai, o ne teismui, nors ir nėra jokio pagrindo tikėtis, jog ši padarys labiau pagrįstą sprendimą. Šių dviejų argumentų perskyra atrodys beprasmė skeptikui, kuris nepripažintų, kad kas nors gali geriau ar blogiau atlikti moralinių teisių valstybės atžvilgiu identifikavimo darbą, lygiai kaip negalima geriau ar blogiau identifikuoti šmėklos. Tačiau teisininkas, tikintis paklusimo teisei būtinumu, o ne skepticizmu, turi pripažinti šią perskyrą, bet jei nori, jis gali argumentuoti remdamasis abiem pozicijomis.

Pradėsiu nuo antrojo argumento, jog įstatymų leidžiamosios valdžios ir kitos demokratinės institucijos be jų gebėjimo priimti geresnius sprendimus dar turi kažkokių ypatingų įgaliojimų priimti konstitucinius sprendimus. Būtų galima pasakyti, kad šių įgaliojimų esmė yra akivaizdi, nes visuomet yra teisingiau bet kokį klausimą leisti spręsti daugumai, o ne mažumai. Tačiau, kaip buvo dažnai pažymima, tai ignoruoja tą faktą, jog sprendimų dėl teisių daugumos atžvil-

giu sprendžiami klausimai nėra tokie, kuriuos, siekiant teisingumo, būtų teisinga palikti daugumai. Konstitucionalizmas – teorija, kad dauguma turi būti varžoma siekiant apginti individualias teises – gali būti gera arba bloga politinė teorija, tačiau Jungtinės Valstijos priėmė šią teoriją, tad leisti daugumai spręsti savo pačios bylą atrodo nenuoseklu ir neteisinga. Taigi teisingumo principai, regis, byloja prieš argumentą, apeliuojantį į demokratiją, o ne už jį.

Vyriausiasis Aukščiausiojo teismo teisėjas Marshallas tai pripažino savo sprendime *Marbury v. Madison* byloje, garsiojoje byloje, kurioje Aukščiausiasis teismas pirmą kartą apeliavo į įgalinimus konstitucinių standartų pagrindu peržiūrėti legislatyvinius sprendimus. Štai jo argumentas: kadangi konstitucija numato, kad ji turi būti aukščiausias šalies įstatymas, visi teismai, ir Aukščiausiasis teismas galutinai, turi turėti įgalinimus paskelbti niekiniais įstatymus, kurie pažeidžia šią konstituciją. Daugelis teisės teoretikų jo argumentą mano esant *non sequitur,* nes, pasak jų, nors konstituciniai suvaržymai yra teisės dalis, teismai, kitaip negu pats įstatymų leidėjas, nebūtinai turi įgaliojimus nuspręsti, ar tam tikrais atvejais ta teisė yra pažeista[1]. Tačiau šis argumentas nėra *non sequitur,* jeigu principą, jog niekas neturi būti teisėjas savo paties byloje, laikome tokia fundamentalia teisėtumo *(legality)* idėjos dalimi, kad Marshallas būtų turėjęs teisę jo nepaisyti, tik jeigu konstitucija eksplicitiškai nepripažintų teisminės peržiūros.

Kai kas galėtų paprieštarauti, jog kvailoka sakyti, kad politinė paklusimo nuostata palieka daugumai spręsti savo pačios bylą. Politinius sprendimus Jungtinėse Valstijose priima ne viena stabili dau-

---

[1] Šis prieštaravimas Marshallo argumentui skiriasi nuo kitokio prieštaravimo, čia nesvarbaus, pagal kurį konstitucija turėtų būti interpretuojama kaip nustatanti teisinę *pareigą* Kongresui, pavyzdžiui, neleisti įstatymų, varžančių žodžio laisvę, tačiau ji neturėtų būti interpretuojama kaip mažinanti teisinę Kongreso *galią* padaryti tokį įstatymą galiojantį, jeigu jis sulaužo savo pareigą. Šiuo požiūriu, Kongresas yra teisinėje vagies pozicijoje, kuris turi teisinę pareigą nepardavinėti vogto gėrio, tačiau išlaiko teisinę galią atlikti validžią finansinę operaciją, pardavinėdamas vogtą gėrį. Nėra dėl ko šią interpretaciją vertinti teigiamai, nes Kongresas, kitaip nei vagis, negali būti sudrausmintas niekaip kitaip, o tik nepripažįstant jo neteisėtų aktų validumo, bent jau tokiu būdu, kuris suteiks apsaugą individams, kuriuos ginti yra konstitucijos paskirtis.

guma, o daugelis skirtingų politinių institucijų, iš jų kiekviena atstovauja skirtingiems rinkėjams, kurių sudėtis laikui bėgant keičiasi. Visai galimas dalykas, kad vienos valdžios institucijos sprendimą peržiūrės kita institucija, kuri taip pat yra politiškai atsakinga, tačiau platesniam rinkėjų ratui. Pavyzdžiui, Arizonos policijos aktai, kuriuos teismas *Miranda* byloje pripažino prieštaraujančiais konstitucijai, iš tikrųjų buvo peržiūrimi įvairių vykdomųjų tarybų ir Arizonos municipalinių bei valstijos lygio įstatymų leidžiamosios valdžios institucijų, taip pat nacionalinio Kongreso. Būtų naivu manyti, kad visos šios politinės institucijos yra įsipareigojusios toms pačioms politinėms nuostatoms ir interesams, taigi klaidinga manyti, kad jeigu teismas nebūtų įsikišęs, Arizonos policija būtų galėjusi spręsti pati.

Tačiau šis prieštaravimas pats yra pernelyg glotnus, nes ignoruoja ypatingą ginčų dėl individualių moralinių teisių, kaip ginčų, kurie skiriasi nuo kitų rūšių politinių ginčų, pobūdį. Skirtingos institucijos turi skirtingus rinkėjus, kai, pavyzdžiui, susiduriama su darbo arba prekybos, arba gerovės klausimais, ir tauta dažnai pasidalija į dalis tokiais klausimais. Tačiau paprastai taip nėra, kai susiduriama su individualiomis konstitucinėmis teisėmis, tokiomis kaip kaltinamųjų teisės. Šiems ginčams iki šiol buvo būdinga tai, kad interesai tų, kurie kontroliuoja įvairias valdžios institucijas, buvo homogeniški ir priešiški. Iš tiesų būtent todėl politikos teoretikai suvokė konstitucines teises kaip teises „valstybės" arba „daugumos" atžvilgiu kaip tokias, o ne kokio atskiro valdžios korpuso ar institucijos atžvilgiu.

Šio apibendrinimo išimtis yra nebent ankstyvosios segregacijos bylos, nes galima sakyti, kad *de jure* segregacijos norėjo tik baltieji pietiečiai. Vis dėlto realybė yra tokia: nacionalinis Kongresas iš tikrųjų neprižiūrėjo segregacijos dėl to, kad nemanė turįs teisėtus įgalinimus tai daryti, arba dėl to, kad nenorėjo to daryti; kiekvienu atveju šis pavyzdys vargu ar yra argumentas, įrodantis, kad politinis procesas teikia efektyvią net ir vietinių politiškai neveiksnių mažumų teisių pažeidimų kontrolę. Be to, ginče dėl vežimo autobusu savo interesus suvokianti baltųjų dauguma įrodė esanti nacionalinė dauguma, ir galinga dauguma. Ir, žinoma, nacionalinės valdžios spren-

dimų, tokių kaip vykdomieji sprendimai kariauti karą arba Kongreso mėginimai apibrėžti teisingą policijos politiką, kaip 1968 metų nusikaltimų kontrolės akte, negali peržiūrėti niekas, jeigu negali teismas.

Todėl atrodo teisinga sakyti, kad argumentas, apeliuojantis į demokratiją, reikalauja, jog esantys politinėje valdžioje būtų kviečiami būti vieninteliu savo pačių sprendimų teisėju, kad įsitikintų, ar jie turi teisę daryti tai, ką, jų sprendimu, jie nori daryti. Tai nėra galutinis įrodymas, kad teisminio aktyvizmo politika yra pranašesnė už paklusimo programą. Teisminis aktyvizmas susijęs su tironijos pavojais; žinoma, tik mano pateiktąja griežta ir paprasta forma. Netgi galima būtų parodyti, kad šie pavojai nusveria reikalavimo daugumai būti teisėju savo pačios byloje neteisingumą. Tačiau šis argumentas sugriauna argumentą, kad daugumai, vadovaujantis teisingumu, turi būti leidžiama nustatyti savo pačios galios ribas.

Todėl turime imtis kito galimo argumento, apeliuojančio į demokratiją, tęsinio, anot kurio tikėtina, jog demokratinės institucijos, tokios kaip įstatymų leidžiamosios valdžios institucijos, pasieks *labiau pagrįstų* rezultatų dėl individų moralinių teisių negu teismai. 1969 metais profesorius Alexanderis Bickelis (Jeilio teisės mokykla) skaitė paskaitas Harvarde pagal Holmeso programą, kuriose naujoviškai ir sumaniai argumentavo už teisminio suvaržymo programą. Argumentuodamas jis leido sau teigti, kad Warreno teismo aktyvizmo programa galėtų būti pateisinta, jeigu ji iš tikrųjų duotų pageidaujamus rezultatus[1]. Taigi jis, kaip atrodė, testavo aktyvizmo politiką remdamasis jos pačios teikiamu pagrindimu, nes jis aktyvizmą laikė būtent teiginiu, jog teismai turi moralinę teisę pagerinti ateitį, kad ir ką sakytų teisės teorija. Learned Handas ir kiti aktyvizmo oponentai tą teiginį kvestionavo. Bickelis jį akceptavo, bent jau tak-

[1] Profesorius Bickelis taip pat įrodinėjo, kaip visada labai meistriškai, kad daugelis Warreno teismo didžiųjų sprendimų negalėtų būti pateisinti, netgi konvenciniais pagrindais, t. y. argumentais, kuriuos teismas išplėtojo savo nuomonėse. Jo pateikiama šių opinijų kritika dažnai yra įtaigi, tačiau teismo profesionalumo spragos neturi reikšmės argumentui, kurį svarstau tekste. (Jo Holmeso ciklo paskaitos yra plėtojamos jo knygoje *The Supreme Court and the Idea of Progress*, 1970.)

tikos sumetimais, tačiau tvirtino, kad aktyvizmas neišlaiko savo paties testo.

Ateitis, kurios siekė Warreno teismas, jau dabar yra ne tokia, kokios norima, sakė Bickelis. Pavyzdžiui, teismo priimta rasinės integracijos filosofija buvo pernelyg primityvi, ir jau yra atmetama galvotesnių juodųjų bendruomenės lyderių. Paprastos ir radikalios lygybės tezė pasirodė esanti nefunkcionali ir daugeliu kitų prasmių; pavyzdžiui, paprasta formulė „vienas žmogus – vienas balsas", kaip rinkimų organizavimo į apylinkes teisingumo testas, neturėjo nei prasmės nei teisingumo.

Kodėl radikalus teismas, siekiantis patobulinti visuomenę, patiria nesėkmę net jo paties nustatytomis sąlygomis? Bickelis atsako taip: teismai, įskaitant Aukščiausiąjį teismą, bylų kliuvinius turi spręsti principo pagrindu, užuot priešokiais reagavę tai į vieną, tai į kitą permainingą politinį spaudimą. Jie turi taip daryti ne tik dėl to, kad to reikalauja jų institucinė moralė, bet ir dėl to, kad jų institucinė struktūra nesuteikia priemonių, kuriomis jie galėtų išmatuoti politines jėgas, net jei jie norėtų. Tačiau valdymas remiantis principu yra ir neefektyvi ir, ilgalaikės perspektyvos požiūriu, baigtinė valdžios forma, kad ir kokie pajėgūs ir sąžiningi būtų valstybės pareigūnai, besistengiantys ją administruoti. Mat sudėtingumas, kurį bet koks principas pajėgia aprėpti vis dar išlikdamas atpažįstamu, turi ribas, o šios neleidžia suvokti viso socialinės organizacijos sudėtingumo.

Bickelio požiūriu, Aukščiausiojo teismo sprendimai dėl rinkimų apygardų ribų pakeitimo buvo klaidingi ne tik dėl to, kad teismas pasirinko neteisingą principą. „Vienas žmogus – vienas balsas" pernelyg paprasta, tačiau teismas nebūtų galėjęs rasti kokio nors geresnio, rafinuotesnio principo, galėjusio būti sėkmingu rinkimų teritorinio organizavimo į apygardas arba jų perspektyvinio planavimo testu, nes sėkmingas suskirstymas į apygardas priklauso nuo tūkstančių politinio gyvenimo faktų suvokimo, ir jei iš viso gali būti pasiektas, tai tik chaotiškame ir jokių principų neatitinkančiame istorinės raidos procese. Teisminis aktyvizmas negali būti toks efektyvus kaip valdžia, veikianti per daugiau ar mažiau demokratiškas institu-

cijas ne dėl to, kad demokratijos reikalauja principas, bet, priešingai, todėl, kad demokratija funkcionuoja be principo, formuodama institucijas ir kompromisus kaip upė formuoja vagą tekėdama į jūrą.

Kaip turėtume suprasti Bickelio argumentą? Jo nesenos istorijos aiškinimą galima kvestionuoti, ir jis buvo kvestionuojamas. Anaiptol nėra akivaizdu, – bent kol kas tikrai ne, – kad rasinė integracija bus nesėkminga kaip ilgalaikė strategija; ir jis klysta, jei mano, kad juodaodžiai amerikiečiai, kurių daugiau vis dar priklauso „NAACP“, o ne kur kas kovingesnėms organizacijoms, ją atmetė. Be abejo, nacijos supratimas, kaip dorotis su rasizmo neganda, nuolat svyruoja – tai atgal, tai priekin, kuo akivaizdesnis tampa problemos sudėtingumas ir mastas, tačiau Bickelis, matyt, rašė tuomet, kai švytuoklė buvo pakibusi vienoje pusėje.

Jis taip pat neteisus Aukščiausiojo teismo poveikį istorijai vertindamas taip, tarsi teismas būtų vienintelė veikianti institucija, arba manydamas, kad jeigu teismo tikslas nebuvo pasiektas, šaliai dėl to yra blogiau, negu būtų tuo atveju, jei jis nė nebūtų mėginęs to tikslo siekti. Nuo 1954 metų, kai teismas nustatė principą, kad lygybė prieš įstatymą reikalauja integruotos edukacijos, mes neturėjome, išskyrus keletą Johnsono administracijos metų, nacionalinės vykdomosios valdžios pareigūno, kuris norėtų akceptuoti tą principą kaip imperatyvą. Per pastaruosius keletą metų atsirado pareigūnas, kuris, atrodo, yra pasiryžęs tą principą sužlugdyti. Taip pat neturime pakankamo pagrindo manyti, kad rasinė situacija Amerikoje dabar būtų geresnė, apskritai imant, jeigu teismas nebūtų įsikišęs, – 1954 metais ir vėliau, – tuo būdu, kuriuo jis tai padarė.

Tačiau dėmesio labiau vertas visai kitoks ir mano tikslui kur kas svarbesnis prieštaravimas Bickelio teorijai. Jo teorija yra naujoviška, nes ji teisminiam aktyvizmui nusileidžia dėl vieno principo dalyko, būtent, kad teismas turi teisę įsikišti, jeigu jo įsikišimas produkuoja socialiai pageidaujamus rezultatus. Tačiau šis pripažinimas yra iliuzija, nes jo supratimas apie tai, kas yra socialiai pageidaujama, nedera su aktyvizmo prielaida, kad individai turi moralinių teisių valstybės atžvilgiu. Iš tiesų Bickelio argumento sėkmės negali užtikrinti nie-

kas, nebent skepticizmas teisių klausimu, toks pat radikalus kaip Learned Hando, net jei pripažįstame jo nurodomus faktus ir jo nuomonę dėl istorijos.

Bickelio teoriją pristačiau kaip vienos argumento, apeliuojančio į demokratiją formos pavyzdį, argumento, jog galutinį sprendimą dėl teisių saugiau, ta prasme, kad tikėtina, jog rezultatai bus pagrįstesni, patikėti politiniam procesui, nes žmonės dėl teisių nesutaria. Bickelis nurodo priežastį, kodėl politinis procesas yra saugesnė alternatyva. Jis teigia, kad politinio sprendimo dėl teisių tvarumas yra tam tikras to sprendimo politinio moralumo įrodymas. Jis teigia, kad šis įrodymas yra geresnis negu tie principo argumentai, kuriuos teisėjai galėtų pasitelkti, jeigu spręsti būtų palikta jiems.

Įmanoma negriežta šio teiginio versija, kuri negali būti Bickelio argumentacijos dalimi. Pagal šią versiją, joks politinis principas, nustatantis teises, negali būti pagrįstas, kad ir kokie abstraktūs argumentai būtų galimi jo naudai, jeigu jis netenkina socialinio akceptavimo testo ilgalaikėje perspektyvoje; todėl, pavyzdžiui, Aukščiausiasis teismas negali būti teisus, laikydamasis tam tikrų pažiūrų į juodaodžių vaikų arba įtariamųjų, arba ateistų teises, jeigu bendruomenė galiausiai nebus įtikinta pripažinti šias teises.

Ši negriežtoji versija gali atrodyti įtikinama dėl skirtingų priežasčių. Pavyzdžiui, ji bus patraukli tiems, kurie tiki paprasto žmogaus tvirtu moraliniu jausmu ir nusiteikimu apeliuoti į tą jausmą. Tačiau ji nepasisako už teisėjo suvaržymą (nebent labai tolimoje perspektyvoje). Priešingai, ji suponuoja tai, ką teisėjai labai mėgsta vadinti teisėjų ir tautos dialogu, kuriame Aukščiausiasis teismas turi pateikti ir apginti savo reflektyvų požiūrį į piliečių teises, panašiai kaip stengėsi daryti Warreno teismas, vildamasis, kad žmonės galiausiai pritars.

Tad turime imtis griežtosios teiginio versijos. Anot jos, natūralus politinis procesas užtikrins tikrąsias žmonių teises geriau, jeigu jo netrikdys nenatūralūs ir racionalistiniai teismų įsiterpimai. Taip žvelgiant, juodaodžių, įtariamųjų ir ateistų teisės paaiškės per politinių institucijų, įprastu būdu reaguojančių į politinius spaudimus, procese. Jeigu teisės reikalavimas negali pavykti šiuo būdu, vadinasi, tai

yra nepagrįstas teisės reikalavimas ar bent jau tikėtina, kad yra toks. Tačiau ši keista nuostata tėra paslėptas skepticizmo argumentas, kad iš tikrųjų jokių teisių valstybės atžvilgiu nėra.

Galbūt, kaip tvirtina Burke'as ir jo šiuolaikiniai pasekėjai, tinkamiausias institucijas visuomenė sukurs tik evoliucionuodama, bet niekuomet – radikalia reforma. Tačiau teisės valstybės atžvilgiu yra reikalavimai, kurie, jeigu akceptuojami, reikalauja iš visuomenės sutikti su institucijų, kurios jai gali būti ir ne tokios patogios, egzistavimu. Teisės *(right)* reikalavimo esmė, netgi tokioje demitologizuotoje teisių analizėje, kokią čia plėtoju, yra ta, kad individas teisę į apsaugą daugumos atžvilgiu turi netgi aukojant bendrąjį interesą. Žinoma, daugumos komfortas reikalaus tam tikros mažumų akomodacijos, tačiau tik tiek, kad būtų išsaugota tvarka; o tokia akomodacija neapima jų teisių pripažinimo.

Iš tiesų prielaida, kad teisės gali paaiškėti istorijos procese, o ne apeliuojant į principą, arba rodo sutrikimą, arba tikro rūpesčio dėl teisių nebuvimą. Teisės teiginys suponuoja moralinį argumentą ir negali būti pagrįstas jokiu kitu būdu. Teisminio aktyvizmo šalininkus (ir netgi kai kuriuos teisminio suvaržymo pasekėjus, tokius kaip Brandeisas ir Frankfurteris, kurie pasižymėjo liapsusais) Bickelis vaizduoja kaip aštuonioliktojo amžiaus filosofus, kurie apeliuoja į principą, nes laikosi optimistinio požiūrio, esą įmanoma suplanuoti progresą. Tačiau toks pavaizdavimas painioja du apeliacijos į principą ir reformą pagrindus bei dvi progreso prasmes.

Vienas dalykas yra apeliuoti į moralės principą paikai viliantis, kad etiką, kaip ir ekonomiką, vairuoja nematoma ranka, todėl individualios teisės ir bendroji gerovė sutaps, o principu pagrįsta teisė ves tautą idiliškos utopijos link, kur kiekvienam bus geriau negu buvo iki tol. Kritikuodamas šią viziją, Bickelis apeliuoja į istoriją bei pasitelkia kitus argumentus prieš valdymą principo pagrindu. Tačiau visai kas kita yra apeliuoti į principą *kaip* principą, pavyzdžiui, parodyti, kad yra neteisinga juodaodžius vaikus versti visuotinį išsilavinimą įgyti vienarasėse juodaodžių mokyklose, net jeigu labai dideliam skaičiui žmonių bus blogiau, valstybei ėmusis reikiamų priemonių, kad taip nebūtų.

Tai kitokia progreso versija. Tai moralinis progresas, ir nors istorija gali parodyti, kaip sunku nuspręsti, kas yra moralinis progresas ir kaip sunku įtikinti kitus, pačiam apsisprendus, iš šito nedarytina išvada, kad tų, kurie mus valdo, nesaisto jokia atsakomybė imtis tokio sprendimo ar mėginti tuo įtikinti kitus.

5.

Čia noriu reziumuoti ligi šiol dėstytą sudėtingą argumentą. Mūsų konstitucinė sistema remiasi tam tikra moraline teorija, ta, jog žmonės turi moralinių teisių valstybės atžvilgiu. Sudėtingas Teisių bilio nuostatas, tokias kaip tinkamo proceso arba lygios apsaugos klauzulė, reikia suprasti kaip apeliuojančias į moralines sąvokas, o ne kaip nustatančias tam tikras sampratas; todėl teismas, kuris imasi atsakomybės taikyti šias nuostatas kaip visavertę teisę, turi būti aktyvistinis teismas, ta prasme, kad turi būti pasirengęs suformuluoti politinės moralės klausimus ir į juos atsakyti.

Dėl praktinių priežasčių arba konkuruojančių principų labui gali prireikti šią aktyvistinę poziciją sušvelninti kompromiso dėlei. Tačiau vieši Nixono pareiškimai apie Aukščiausiąjį teismą daro prielaidą, kad dėl svarių principo priežasčių aktyvistinės politikos reikia visiškai atsisakyti, o ne tik sušvelninti kompromiso dėlei. Pamėginę išdėstyti šias principo priežastis, pamatome, jog jos nedera su konstitucinės sistemos prielaida, nes palieka daugumai spręsti savo pačios bylą arba remiasi skepticizmu moralinių teisių klausimu, kurių nei Nixonas, nei dauguma Amerikos politikų negali nuosekliai inkorporuoti.

Taigi Nixono jurisprudencija tėra pretenzija, o ne tikra teorija. Jos negali paremti argumentai, kuriems jis galėtų pritarti, ką jau kalbėti apie jo paties iškeltus argumentus. Propaguodamas nenuoseklią teisės filosofiją ir kvestionuodamas kitų teisininkų gerą vardą dėl to, kad jie neakceptuoja to, ko jis negali apginti, Nixonas piktnaudžiavo savo teisiniais kredencialais.

Tačiau akademiniai debatai dėl Aukščiausiojo teismo teisminės peržiūros įgalinimų bus prisidėję prie niksoniško klaidinimo. Neda-

rydami mano aprašytos perskyros tarp apeliacijos į sąvoką ir sampratos nustatymo bei tarp skepticizmo ir paklusimo, jie primetė nekorektišką teisminio aktyvizmo, kaip moralinės kampanijos programos, ir teisminių suvaržymų, kaip teisėtumo programos, alternatyvą. Kodėl rafinuota ir apsišvietusi profesinė bendruomenė taip supaprastintai ir klaidinamai kėlė sudėtingą klausimą?

Klausimą, sudarantį akademinių debatų šerdį, galima pateikti taip. Jeigu principo sprendimus, kurių reikalauja konstitucija, paliekame teisėjams, o ne žmonėms, mes veikiame teisėtumo dvasia – kiek mums leidžia mūsų institucijos. Tačiau mes rizikuojame, nes teisėjai gali priimti neteisingus sprendimus. Kiekvienas teisėjas kuriuo nors savo karjeros momentu pagalvoja, kad Aukščiausiasis teismas yra neteisus, netgi kad jis padarė šiurkščią klaidą. Jeigu jis nejaučia neapykantos konservatyviems 4-ojo dešimtmečio pradžios sprendimams, sukėlusiems grėsmę Naujajam kursui, greičiausiai nekęs liberalių pastarojo dešimtmečio sprendimų.

Neturėtume pernelyg sureikšminti pavojaus. Tikrai nepopuliarūs sprendimai bus išgyvendinti dėl visuomenės pritarimo stokos, kaip kad buvo dėl viešos maldos mokyklose, o seni teisėjai mirs arba išeis į pensiją ir bus pakeisti naujais, paskirtais dėl lojalumo Prezidentui, kuris buvo išrinktas žmonių. Naujajam kursui priešiški sprendimai neatlaikė laiko išbandymo, o kur kas radikalesni pastarųjų metų sprendimai dabar yra gerbiami Nixono paskirtų teisėjų. Neteisingų sprendimų pavojus taip pat nėra kažkas išskirtinai ekscesyvu; teismo neveikimo McCarty laikotarpiu, neveikimo, kurio apogėjumi tapo jo gėdingas *Denniso* bylos sprendimas, patvirtinęs Smitho akto teisėtumą, galima manyti tautai pridarius daugiau žalos, negu jos padarė konservatyvus teismo šališkumas ankstyvuoju Roosevelto valdymo laikotarpiu.

Vis dėlto savo institucijas turime modeliuoti taip, kad kiek įmanoma sumažintume riziką suklysti. Tačiau akademiniai debatai iki šiol neprodukavo adekvataus klaidos paaiškinimo. Aktyvizmo šalininkų akimis, segregacijos sprendimai buvo teisingi, nes skatino pažangą socialinio tikslo link, kurį jie laiko pageidaujamu, arba buvo neteisingi, nes skatino progresą jiems nepatinkančio socialinio tikslo

link. Suvaržymų advokatų akimis, jie buvo neteisingi, nepriklausomai nuo to ar atitinka, ar prieštarauja tam socialiniam tikslui, nes jie pažeidė principą, pagal kurį teismas neturi teisės primesti tautai savo socialinio gėrio įsivaizdavimo.

Nė vienas iš šių testų neskatina teisėjų imtis to ypatingo pobūdžio moralinio klausimo, kurį aprašiau anksčiau, klausimo, kokių moralinių teisių individas turi valstybės atžvilgiu. Aktyvizmo šalininkai savo argumentaciją, jei jie išvis argumentuoja, grindžia prielaida, kad jų socialiniai tikslai yra akivaizdžiai geri arba kad jie ilgalaikėje perspektyvoje pasitarnaus kiekvieno naudai; šis optimizmas daro juos Bickelio argumento, kad nebūtinai yra taip, taikiniu. Tie, kurie pageidauja suvaržymų, tvirtina, kad tam tikras teisėtumo principas konstitucijos teisininkus saugo nuo susidūrimo su visokiais moraliniais klausimais.

Konstitucinė teisė negali padaryti tikros pažangos, kol neizoliuoja teisių valstybės atžvilgiu problemos ir neįtraukia šios problemos į savo darbotvarkę. Tai argumentas už konstitucinės teisės ir moralinės teorijos suliejimą, kuris, kad ir kaip neįtikėtina, dar laukia savo valandos. Visiškai suprantama, kad teisininkai bijo užsikrėsti moralės filosofija, ir ypač bijo tų filosofų, kurie kalba apie teises, mat šios sąvokos šmėkliška prasmė kelia grėsmę racionalumo šventoriui. Tačiau dabar turime geresnę filosofiją už tą, kurią atsimena teisininkai. Pavyzdžiui, Harvardo profesorius Rawlsas išleido abstrakčią ir sudėtingą knygą apie teisingumą, kurios negalės ignoruoti joks konstitucijos teisininkas[1]. Tačiau teisininkai neturi vaidinti pasyvaus vaidmens moralinių teisių valstybės atžvilgiu teorijos plėtojime, lygiai kaip jų vaidmuo nebuvo pasyvus teisės sociologijos ar teisinės ekonomikos plėtotėje. Jie turi pripažinti, kad teisė nėra labiau nepriklausoma nuo filosofijos nei nuo šių kitų disciplinų.

[1] *A Theory of Justice*, 1972. Žr. 6-ą skyrių.

6. Teisingumas ir teisės

Tikiu, kad nėra jokio reikalo labai išsamiai aprašyti garsiąją Johno Rawlso pradinės pozicijos *(original position)* idėją[1]. Jis siūlo įsivaizduoti grupę vyrų ir moterų, susirinkusių sudaryti visuomenės sutarties. Šiuo atžvilgiu ji panaši į klasikinių visuomenės sutarties teorijų įsivaizduojamus susirinkimus. Tačiau pradinė pozicija nuo šių teorijų skiriasi tuo, kaip aprašo dalyvaujančias šalis. Tai vyrai ir moterys, turintys, kaip ir visi žmonės, polinkių, gabumų, ambicijų ir įsitikinimų, tačiau kiekvienas iš jų laikinai užmiršęs šiuos savo asmenybės bruožus ir turi sutarti dėl sutarties iki atgaudami savimonę.

Rawlsas mėgina parodyti, kad jeigu šie vyrai ir moterys yra racionalūs ir veikia vadovaudamiesi tik savanaudišku interesu, jie pasirinks du jo teigiamus teisingumo principus. Šie numato maždaug štai ką: kiekvienas asmuo turi turėti didžiausią įmanomą politinę laisvę, derančią su panašia visų laisve, o galios, turto, pajamų bei kitų išteklių nelygybė toleruotina tik tiek, kiek tarnauja, absoliučiu mastu, naudai tų visuomenės narių, kurių padėtis blogiausia. Daugelis Rawlso kritikų nesutinka, kad vyrai ir moterys pradinėje pozicijoje būtinai pasirinktų šiuos du principus. Šie principai yra konservatyvūs, ir kritikai mano, kad juos pasirinktų tik konservatyvaus būdo žmonės, o ne tie, kurie iš prigimties yra azartiški. Nemanau, kad ši kritika taikli, tačiau bent jau čia neketinu apie tai kalbėti. Man rūpi kas kita.

Tarkime, kad kritikai neteisūs ir kad vyrai ir moterys pradinėje pozicijoje iš tikrųjų pasirinktų du Rawlso principus, kaip tenkinan-

[1] John Rawls, *A Theory of Justice*, 1972.

čius svarbiausius jų interesus. Regis, Rawlsas mano, jog tai būtų argumentas už šiuos du principus kaip teisingumo standartą, kuriuo galima testuoti egzistuojančias politines institucijas. Tačiau nėra savaime aišku, kodėl taip turėtų būti.

Jeigu grupė iš anksto sutaria tarpusavio ginčus spręsti tam tikru būdu, šio sutarimo faktas būtų stiprus argumentas, kuriuo remiantis būtų galima reikalauti, kad, tokiems ginčams kilus, jie būtų sprendžiami tuo būdu. Sutarimas pats savaime būtų argumentas, nepriklausomai nuo priežasčių, galėjusių paskatinti skirtingus žmones dalyvauti sutartyje, stiprumo. Pavyzdžiui, kiekviena iš šalių paprastai mano, kad jos pasirašomas kontraktas atitinka jos interesą; tačiau jeigu kas nors klaidingai numatė savo asmeninį interesą, tai faktas, kad jis sudarė sutartį, yra svarus pagrindas laikyti teisingu požiūrį, jog jis vis tiek yra įsipareigojęs pagal tą sutartį.

Rawlsas nemano, kad kokia nors grupė kada nors sudarė jo aprašytąją visuomenės sutartį. Jis tik teigia, kad jeigu grupė racionalių žmonių atsidurtų pradinės pozicijos situacijoje, jie sutartų dėl minėtų dviejų principų. Jo sutartis yra hipotetinė, o hipotetinės sutartys nėra savarankiškas argumentas jų sąlygų įgyvendinimo teisingumo naudai. Hipotetinė sutartis nėra tiesiog blankesnė tikros sutarties forma; tai apskritai ne sutartis.

Pavyzdžiui, jeigu aš dalyvauju žaidime, tikėtina, kad būčiau pritaręs bet kokiam kiekiui pamatinių taisyklių, jeigu mane būtų paklausę iš anksto, prieš žaidimą. Tai nereiškia, kad šios taisyklės gali būti man taikomos, jeigu iš tikrųjų nesu joms pritaręs. Žinoma, turi būti priežasčių, dėl kurių aš būčiau sutikęs, jeigu manęs būtų paklausę iš anksto, ir dėl šių priežasčių gali būti taip pat teisinga šias taisykles taikyti man, net jeigu aš nesu sutikęs. Tačiau mano hipotetinis sutikimas nėra nuo šių kitų priežasčių nepriklausomas pagrindas taikyti taisykles man, kaip būtų tikro sutikimo atveju.

Tarkime, Jūs ir aš žaidžiame pokerį ir įpusėjus lošimui pamatome, jog kaladėje trūko vienos kortos. Jūs siūlote perdalyti kortas, bet aš nesutinku, nes žinau, kad aš laimiu ir noriu išlošti esamą banką. Jūs galėtumėte pasakyti, kad aš tikrai būčiau sutikęs su tokia pro-

cedūra, jeigu galimybė, jog kaladėje trūks kortos, būtų buvusi apsvarstyta iš anksto. Tačiau Jūs tuo nenorite pasakyti, kad aš kokia nors prasme esu pagal sutarimą įsipareigojęs kortų perdalijimui, kuriam niekada nesu pritaręs. Veikiau Jūs pasitelkiate sutarimo hipotezę kaip priemonę pasakyti tam, ką būtų buvę galima pasakyti ir be šios priemonės, būtent, kad rekomenduojamas sprendimas yra toks akivaizdžiai teisingas ir jautrus, jog prieštarauti galėtų tik tas, kuris turi svarbų priešingą interesą. Pagrindinis jūsų argumentas yra tas, kad Jūsų sprendimas yra teisingas ir jautrus, o tai, kad aš pats būčiau jį pasirinkęs, prie šio argumento nepriduria nieko esminio. Jeigu aš galiu sutikti su pagrindiniu argumentu, iš Jūsų teiginio, kad aš būčiau sutikęs, nebekyla jokių kitų implikacijų, į kurias reikėtų atsakyti arba kurios reikalautų pasiteisinimo.

Be to, tam tikromis aplinkybėmis tai, jog aš būčiau sutikęs, nereiškia net ir tokio pobūdžio nepriklausomo argumento. Viskas priklauso nuo tų priežasčių, dėl kurių, Jūsų manymu, aš būčiau sutikęs. Tarkime, Jūs sakote, kad aš būčiau sutikęs, jeigu Jūs būtumėte iškėlęs šį klausimą ir atkakliai siūlęs savąjį sprendimą, mat aš labai norėjau žaisti ir būčiau geriau pasidavęs negu praleidęs progą. Aš galiu pripažinti, kad būčiau sutikęs dėl šios priežasties, ir pridurti, jog man pasisekė, kad Jūs neiškėlėte šio klausimo. Tas faktas, kad aš būčiau sutikęs, jeigu Jūs būtumėte atkakliai laikęsis savo siūlymo, nei priduria, nei siūlo kokį nors argumentą, kodėl turėčiau sutikti dabar. Esmė ne ta, kad būtumėte elgęsis neteisingai, jei būtumėte atkakliai laikęsis pasiūlymo kaip žaidimo sąlygos; iš tiesų tai nebūtų buvę neteisinga. Jeigu Jūs būtumėte atkakliai laikęsis savo pasiūlymo, o aš būčiau sutikęs, negalėčiau sakyti, kad tas spaudimas mano sutikimą padarė niekinį arba ginčijamą. Tačiau jeigu aš iš tikrųjų nesu sutikęs, tai, jog būčiau sutikęs, savaime nieko nereiškia.

Nenoriu pasakyti, kad sprendžiant, ar aktas, lemiantis pasekmes kokio nors asmens atžvilgiu, yra teisingas, niekuomet nebus svarbu tai, kad jis būtų sutikęs, jeigu jo būtų buvę paklausta. Pavyzdžiui, jeigu gydytojas žmogų randa praradusį sąmonę ir kraujuojantį, jis

gali manyti, kad būtų buvę svarbu tą žmogų paklausti, jeigu jis turėtų sąmonę, ar jis sutinka, kad jam būtų perpilamas kraujas. Jeigu visos aplinkybės verčia manyti, kad jis sutiktų, tai šis faktas bus svarbus pateisinant perpylimą, jeigu vėliau pacientas, galbūt dėl religinio atsivertimo, pasmerktų daktarą už tai. Tačiau dabar kalbame ne apie tokius atvejus, nes paciento sutikimo hipotezė yra argumentas, kad jo valia būtų buvusi palanki tokiam sprendimui tuo momentu ir tomis aplinkybėmis, kai tas sprendimas buvo priimtas. Dėl to, kad su juo deramu metu nebuvo pasitarta, jis nieko neprarado, nes būtų sutikęs, jeigu su juo būtų buvę tariamasi. Pradinės pozicijos argumentas labai skiriasi nuo šio argumento. Jeigu mes jį laikome argumentu, patvirtinančiu minėtų dviejų principų taikymo teisingumą, turime manyti jį patvirtinant, jog kadangi žmogus būtų sutikęs su tam tikrais principais, jeigu būtų paklaustas iš anksto, yra teisinga tuos principus jam taikyti vėliau, kitomis aplinkybėmis, kai jis nėra davęs sutikimo.

Tačiau tai prastas argumentas. Tarkime, pirmadienį aš nežinau savo paveikslo vertės; jeigu Jūs būtumėte pasiūlęs man už jį 100 dolerių, būčiau sutikęs. Antradienį sužinau, kad jis yra vertingas. Jūs negalite tvirtinti, kad būtų teisinga, jei teismai mane priverstų jį parduoti Jums už 100 dolerių trečiadienį. Galbūt man pasisekė, kad Jūs nepaklausėte manęs pirmadienį, tačiau tai nepateisina prievartos mano atžvilgiu vėliau.

Todėl argumentą pradinės pozicijos vardu turime traktuoti taip, kaip traktuojame Jūsų argumentą pokerio žaidime; tai turi būti priemonė atkreipti dėmesį į kokį nors nepriklausomą argumentą už minėtų dviejų principų teisingumą – argumentą, kuris nesiremia neteisinga prielaida, jog hipotetinis susitarimas turi kokią nors, kad ir silpnesnę, saistančią galią. Koks galimas kitas argumentas? Būtų galima sakyti, kad pradinė pozicija rodo, jog tie du principai atitinka svarbiausius kiekvieno bet kokios politinės bendruomenės nario interesus, ir kad dėl to yra teisinga valdyti jais vadovaujantis. Iš tikrųjų, jeigu galima parodyti, kad tie du principai atitinka kiekvieno interesus, tai įtikinamai patvirtintų jų teisingumą, tačiau sunku supras-

ti, kaip pradinę poziciją galima panaudoti norint parodyti, kad jie yra teisingi.

Turime kruopščiai atskirti dvi prasmes, kuriomis gali būti sakoma, jog kas nors atitinka mano interesą. Mano *antecedentinis (antecedent)* interesas yra statyti už žirgą, kuris, viską pasvėrus, teikia daugiausiai vilčių, net jei galiausiai tas žirgas nelaimi. Mano *tikrasis (actual)* interesas yra statyti už žirgą, kuris laimės, net jeigu tuo metu, kai aš statau, lažybos atrodo kvailos. Jeigu pradinė pozicija argumentuoja, jog kiekvienas yra suinteresuotas akceptuoti du minėtus principus ir atmesti kitus galimus konstitucijos pagrindus, tuomet tai turi būti argumentas, kuris remiasi antecedentinio, o ne tikrojo intereso idėja. Pasirinkti du minėtus principus nėra tikrasis kiekvieno interesas, nes prasiskleidus nežinojimo uždangai, kai kurie supras, jog jiems būtų buvę geriau, jeigu būtų pasirinkę kokį nors kitą, pavyzdžiui, vidutinės naudos principą.

Sprendimas dėl antecedentinio intereso priklauso nuo aplinkybių, kuriomis tas sprendimas yra priimamas, būtent, nuo žinojimo, prieinamo žmogui, kuris priima sprendimą. Galiu būti suinteresuotas – antecedentinio intereso prasme – statyti tam tikrą sumą už konkretų žirgą iki starto šūvio, bet ne tada, kai jis pasibaido ties pirmuoju posūkiu, – šiuo atveju bent jau statoma suma nebus ta pati. Taigi tas faktas, jog tam tikras pasirinkimas atitinka mano interesą tam tikru laiko momentu, didelio netikrumo aplinkybėms, nėra geras argumentas už teisingumą tą pasirinkimą taikyti man vėliau, kai sužinoma gerokai daugiau. Tačiau būtent tokį argumentą siūlo, pagal mūsų interpretaciją, pradinės pozicijos tezė, nes ji siekia pateisinti dviejų minėtų principų taikymą šiandien, remdamasi prielaida, jog labai skirtingomis nuo esamų aplinkybėmis kiekvieno antecedentinis interesas būtų jiems pritarti. Jeigu aš rizikuodamas nusiperku bilietą, galėčiau būti suinteresuotas – antecedentinio intereso prasme – iki lenktynių pabaigos dvigubai brangiau negu pats sumokėjau parduoti bilietą Jums; tai nereiškia, kad būtų teisinga, jeigu Jūs paimtumėte jį iš manęs už tokią sumą paaiškėjus, jog mano pasirinkimas bus pasiteisinęs.

Dabar kas nors galėtų pasakyti, kad aš neteisingai supratau mintį apie ypatingas neaiškumo sąlygas, nustatomas pradinei pozicijai. Šalys turi nežinoti savo ypatingų galimybių ir gabumų, kad negalėtų derėtis dėl principų, kurie yra iš esmės neteisingi, nes privilegijuoja kokią nors galimybių ir talentų kombinaciją kitų atžvilgiu. Jeigu žmogus pradinėje pozicijoje nežino savo ypatingų interesų, jis negali derėtis dėl to, kad jiems būtų teikiama pirmenybė. Tuomet galima sakyti, jog pradinės pozicijos neaiškumas, kitaip nei aš teigiau, nepaneigia argumento apeliuojančio į antecedentinį interesą, – jis tik apriboja erdvę, kurioje gali pasireikšti savanaudiškas interesas. Tas argumentas daro prielaidą, kad du minėti principai kiekvieno interesą atitinka tuomet, kai netikrumo sąlyga iš svarstymo akiračio pašalina akivaizdžiai neteisingus principus. Kadangi žinojimas, kuriuo šiuolaikiniai vyrai ir šiuolaikinės moterys yra pranašesni už vyrus ir moteris pradinėje pozicijoje, yra žinojimas, kuriuo jie, rinkdamiesi teisingumo principus, privalo nesiremti, jų antecedentinis interesas – tiek, kiek jis apskritai svarbus, – yra toks pat, ir jeigu taip yra, pradinės pozicijos argumentas yra geras argumentas už dviejų minėtų principų taikymą šiandieninei politikai.

Tačiau šitaip interpretuojant, Rawlso argumentas painiojamas su kitu argumentu, kurį jis būtų galėjęs pateikti. Tarkime, jo vyrai ir moterys išsamiai žino savo pačių talentus ir polinkius, tačiau turi pasiekti susitarimą tokiomis sąlygomis, kurios tiesiog eksplicitiškai atmeta akivaizdžiai neteisingų principų galimybę, pavyzdžiui, numatančių ypatingas lengvatas nurodytiems individams. Jeigu Rawlsas galėtų parodyti, kad normatyviai pašalinus tokių akivaizdžiai neteisingų principų galimybę kiekvienas būtų suinteresuotas įsipareigoti jo dviem principams, šitai išties būtų argumentas už tuos du principus. Mano mintis, kad pradinėje pozicijoje esančių žmonių antecedentinis interesas skiriasi nuo antecedentinio šiuolaikinių žmonių intereso, nebegaliotų, nes abi žmonių grupės tuomet turėtų tą patį žinojimą apie save ir būtų saistomos tų pačių moralinių suvaržymų, neleidžiančių rinktis akivaizdžiai neteisingų principų.

Tačiau tikrasis Rawlso argumentas yra visai kitoks. Nežinojimas,

kaip sąlyga, taikoma jo žmonių pasirinkimui, sąlygoja jų savanaudiško intereso kalkuliaciją ir negali būti aprašytas vien kaip nustatantis ribas, kuriose šios kalkuliacijos turi vykti. Pavyzdžiui, Rawlsas mano, kad jo žmonės būtinai pasirinktų konservatyvius principus, nes toks pasirinkimas būtų vienintelis racionalus savo galimybių nežinančių žmonių pasirinkimas, kuris gali kilti iš jų savanaudiško intereso. Tačiau kai kurie realūs žmonės, suvokiantys savo sugebėjimus, galėtų pasirinkti ir ne tokius konservatyvius principus, leidžiančius jiems gauti naudos iš išteklių, kuriuos jie žino turį. Taigi tas, kas mano, kad pradinė pozicija teikia argumentą konservatyvių principų naudai, susiduria su tokiu pasirinkimu. Jeigu ne tokius konservatyvius principus, kaip antai principus, kurie privilegijuoja tam tikrus individus, reikia normatyviai pašalinti kaip akivaizdžiai neteisingus, tai argumento konservatyvių principų naudai nebereikia įrodyti, nes jis yra akivaizdus vien dėl savo teisingumo. Tokiu atveju nei pradinė pozicija, nei kokie nors savanaudiški intereso motyvai, kuriuos ta teze norima įrodyti, tame argumente nevaidina jokio vaidmens. Tačiau jei ne tokie konservatyvūs principai negali būti normatyviai pašalinti iš anksto dėl to, kad jie – akivaizdžiai neteisingi, tuomet nežinojimo, dėl kurio Rawlso žmonės teikia pirmenybę konservatyviems principams, primetimo neįmanoma paaiškinti vien kaip akivaizdžiai neteisingų pasirinkimų galimybės pašalinimo. O kadangi tai lemia žmonių antecedentinį interesą, tai argumentas, jog pradinė pozicija parodo realių žmonių antecedentinį interesą, sugriūva. Tokią pačią dilemą, aišku, galima sukonstruoti kiekvienam tų dviejų principų aspektui.

Aš pripažįstu, kad šis argumentas kol kas atrodo ignoruojąs skiriamąjį Rawlso metodikos bruožą, kurį jis nusako kaip metodą, kuriuo siekiama mūsų įprastų, nereflektuojamų moralinių įsitikinimų ir kokios nors teorinės struktūros, kuri galėtų suvienyti ir pateisinti tuos įprastus įsitikinimus, savitarpio „refleksijos pusiausvyros“ *(„reflective equilibrium“)*[1]. Dabar galima pasakyti, jog pradinės pozicijos idėjai šioje atsispindėjimo pusiausvyroje tenka toks vaidmuo, kurį iš

[1] p. 82 ir toliau.

jos atimsime, jeigu užsispyrę sieksime – kaip aš darau – rasti tiesesnį, paprastesnį argumentavimo apeliuojant į pradinę poziciją kelią, vedantį prie dviejų minėtų teisingumo principų.

Pusiausvyros metodas Rawlso argumente tikrai vaidina svarbų vaidmenį, tad verta jį glaustai aprašyti. Šis Rawlso metodas daro prielaidą, kad mes, jo skaitytojai, turime nuovoką, kuria remiamės savo kasdieniame gyvenime: mes suprantame, jog tam tikri konkretūs politiniai veiksmai ar sprendimai, tokie kaip įprastiniai teismo procesai, yra teisingi, o kiti, tokie kaip pavergimas, yra neteisingi. Be to, jis suponuoja, kad kiekvienas iš mūsų esame pajėgūs šias betarpiškas intuicijas ar įsitikinimus susieti į visumą, kurioje kai kurios iš jų atrodo akivaizdesnės už kitas. Pavyzdžiui, dauguma žmonių mano, kad akivaizdesnė neteisybė yra valstybės vykdomos mirties bausmės nekaltiems savo piliečiams negu nekaltų svetimos šalies civilių gyventojų žudymas kare. Kokio nors argumento perkalbėti jie galėtų atsisakyti savo pozicijos svetimšalių kare klausimu, tačiau kur kas atkakliau laikytųsi savo požiūrio į mirties bausmės vykdymą nekaltiems tėvynainiams.

Pusiausvyros metodu besiremiančios moralės filosofijos uždavinys – teikti principų struktūrą, remiančią šiuos betarpiškus įsitikinimus, įsitikinimus, dėl kurių esame daugiau ar mažiau tikri. Tokia struktūra reikalinga siekiant dviejų tikslų. Pirma, ši principų struktūra turi paaiškinti tuos įsitikinimus, parodydama pagrindines prielaidas, kurias jie atspindi; antra, ji turi teikti orientaciją tais atvejais, kai mes pristingame įsitikinimų arba mūsų turimi įsitikinimai yra silpni arba prieštaringi. Pavyzdžiui, jei nesame tikri, ar ekonominės institucijos, toleruojančios didžiulius turtinius skirtumus, yra neteisingos, mes galime kreiptis į principus, kurie paaiškina mūsų tvirtus įsitikinimus, ir tada šiuos principus pritaikyti tam sudėtingam klausimui.

Tačiau šis procesas nėra vien principų, kurie inkorporuoja mūsų daugiau ar mažiau nusistovėjusias nuostatas, atradimo procesas. Šie principai turi remti – o ne tik atsižvelgti į – mūsų nuomones, o tai reiškia, kad tie principai turi turėti nepriklausomą autoritetą mūsų moralinei nuovokai. Pavyzdžiui, gali būti, kad kokį įprastų

moralinių įsitikinimų rinkinį galima įrodyti tarnaujant netikusiai politikai – pavyzdžiui, jog standartiniai sprendimai, kuriuos priename nesvarstydami, tarnauja vienos tam tikros klasės išlaikymo politinėje valdžioje tikslui. Tačiau šis atskleidimas nepatvirtintų klasinio egoizmo principo; priešingai, jis diskredituotų mūsų įprastąsias nuostatas, jeigu negalima surasti kokio kito, labiau gerbtino principo, kuris taip pat atitiktų mūsų intuicijas, o jeigu tokio principo esama, mūsų intuicijos rekomenduotų būtent šį principą, o ne klasinio intereso principą.

Gali būti neįmanoma rasti jokio nuoseklaus principų rinkinio, kuris turėtų nepriklausomą autoritetą ir paremtų visą mūsų betarpiškų įsitikinimų kompleksą; būtų išties nuostabu, jeigu šitai nebūtų dažna situacija. Taip atsitikus, turime leistis į kompromisą, darydami nuolaidų abiem pusėms. Savo pirminę nuovoką apie tai, kas galėtų būti akceptuotinas principas, galėtume padaryti ne tokią griežtą, tačiau atsisakyti jos negalėtume. Pavyzdžiui, gerai pamąstę galėtume nuspręsti akceptuoti kokį nors principą, kuris mums iš pradžių atrodė nepatrauklus, kad ir principą, jog žmonėms kartais turėtų būti suteikiama veiksmų laisvė. Šį principą galėtume akceptuoti, jeigu būtume pakankamai įsitikinę, jog joks kitas, ne toks griežtas, principas negali paremti politinių tos grupės įsitikinimų, kurių mes ypač nenorime atsisakyti. Kita vertus, mes taip pat turime būti pasirengę modifikuoti arba pritaikyti, betarpiškus įsitikinimus, kurių negali integruoti joks principas, atitinkąs mūsų laisvesnius standartus, arba iš viso jų atsisakyti; taisydami tuos betarpiškus įsitikinimus, mes pasitelksime savo pradinę nuovoką, sufleruojančią, kurie įsitikinimai mums atrodo tikresni, o kurie – ne tokie tikri, nors iš principo joks betarpiškas įsitikinimas negali būti laikomas negalimu iš naujo peržiūrėti arba negalimu atsisakyti, jeigu tai pasirodytų būtina. Galime tikėtis, jog šiuo būdu pereisime nuo savo betarpiškų sprendinių prie aiškinamųjų principų struktūros, pasidarbuodami iš pradžių prie vienos pusės, paskui prie kitos, kol pasieksime tai, ką Rawlsas vadina atspindėjimo pusiausvyros būkle, kurią pasiekę būsime patenkinti ar bent patenkinti tiek, kiek protinga tikėtis.

Tikėtina, jog bent jau daugumai iš mūsų įprastųjų politinių sprendinių santykis su dviem Rawlso teisingumo principais yra toks atspindėjimo pusiausvyros santykis ar bent jau galima ką tik aprašyto taisymo proceso būdu pasiekti tokį santykį. Vis dėlto yra neaišku, kaip pradinės pozicijos idėja dera su šia struktūra arba kodėl ji apskritai turi vaidinti kokį nors vaidmenį. Pradinė pozicija nėra vienas tų paprastų politinių įsitikinimų, kuriuos aptinkame turį ir kuriuos įtraukiame į atspindėjimo pusiausvyrą, kad pateisintume. Jei ji atlieka kokį nors vaidmenį – tai turi būti vaidmuo pateisinimo procese, nes ji figūruoja mūsų konstruojamoje teorijoje, kad subalansuotume savo įsitikinimus. Tačiau jeigu pačių dviejų teisingumo principų santykis su mūsų įsitikinimais yra atspindėjimo pusiausvyros santykis, neaišku, kodėl teorinėje balanso pusėje tuos du principus reikia papildyti pradinės pozicijos teze. Kaip ši idėja galėtų prisidėti prie jau įtvirtintos harmonijos?

Turime apsvarstyti štai kokį atsakymą. Viena iš sąlygų, kurias keliame teoriniam principui, prieš leisdami jam būti mūsų įsitikinimų pateisinimu, yra sąlyga, kad žmonės, kurių elgesį tas principas reguliuotų, šį principą būtų akceptavę, jeigu jų būtų buvę paklausta, bent jau tam tikromis aplinkybėmis, ar bent jau kad būtų galima parodyti, jog tas principas atitinka antecedentinį kiekvieno tokio asmens interesą. Jeigu taip, tuomet pradinė pozicija vaidina esminį vaidmenį pateisinimo, naudojant pusiausvyrą, procese. Ji naudojama parodyti, kad tie du principai atitinka šį įtvirtintą politinių principų priimtinumo standartą. Kartu faktas, jog tie du principai, kurie atitinka tą standartą, pateisina mūsų įprastinius įsitikinimus atspindėjimo pusiausvyros būdu, sutvirtina mūsų tikėjimą šiuo standartu ir skatina jį taikyti kitiems politikos ir moralės filosofijos klausimams.

Tačiau šis atsakymas neįrodo, jog pradinė pozicija teikia argumentų tiems dviem principams; jis tiesiog persako idėjas, kurias jau apsvarstėme ir atmetėme. Mūsų įsitvirtinusioms politinėms tradicijoms arba įprastam moraliniam supratimui principai priimtini tikrai ne tik tuo atveju, jeigu jie pasirinkti žmonių būtent pradinės pozicijos prievartos situacijoje. Žinoma, pagal tas tradicijas principai yra

tik tuomet teisingi, kai jie iš tikrųjų yra pasirinkti tų, kurie yra jiems subordinuoti, ar bent jau jeigu galima parodyti, kad jie atitinka jų bendrą antecedentinį interesą. Tačiau mes jau matėme, kad pradinė pozicija negali būti priemonė paremti nė vienam iš šių argumentų dėl tų dviejų principų taikymo šiuolaikinei politikai. Jeigu pradinė pozicija nori vaidinti kokį nors vaidmenį atspindėjimo pusiausvyrą įgijusių principų ir įsitikinimų struktūroje, tai šitai turi būti galima mūsų dar neidentifikuotų prielaidų pagrindu.

Laikas persvarstyti ankstesnę prielaidą. Iki šiol pradinės pozicijos konstravimą traktavau taip, tarsi tai būtų Rawlso argumento pamatas arba sudedamoji atspindėjimo pusiausvyros, nustatomos tarp mūsų politinių intuicijų ir jo dviejų teisingumo principų, dalis. Tačiau iš tikrųjų pradinės pozicijos Rawlsas taip netraktuoja. Šią konstrukciją jis aprašo tokiais žodžiais:

> Aš pabrėžiau, kad ši pradinė pozicija yra grynai hipotetinė. Kyla natūralus klausimas: jeigu šis susitarimas niekuomet iš tikrųjų nesudaromas, kodėl mums apskritai turi rūpėti šie principai, moraliniai ar ne. Atsakymas yra toks, kad sąlygos, išdėstytos pradinės pozicijos aprašyme, yra būtent tos, kurias mes iš tikrųjų akceptuojame. O jeigu ir neakceptuojame, tai galbūt šitai padaryti mus gali įtikinti filosofinis apsvarstymas. Kiekvienam sutarties situacijos aspektui galima suteikti pagrindimą. [...] Antra vertus, ši samprata taip pat yra intuityvus suvokimas, kuris pats siūlo savo plėtotę, tad jos vedami būsime priversti aiškiau apibrėžti pozicijas, leidžiančias geriausiai interpretuoti moralinius santykius. Mums reikia sampratos, leidžiančios mums regėti savo siekį iš tolo: intuityvi pradinės pozicijos sąvoka šiuo atveju įgalina tai padaryti[1].

Šis aprašymas paimtas iš Rawlso pirmojo pradinės pozicijos išdėstymo. Jis primenamas ir pakartojamas paskutinėje knygos pastraipoje[2]. Akivaizdu, kad jis yra ypatingos svarbos: jame teigiama, jog

[1] p. 46–47.
[2] p. 587.

pradinė pozicija yra toli gražu ne jo argumento pagrindas ar ekspozicinė priemonė, reikalinga pusiausvyros metodui, o vienas pagrindinių, substantyvių šios teorijos, kaip visumos, produktų. Jos svarba atsispindi kitame esminiame fragmente. Rawlsas savo moralinę teoriją aprašo kaip psichologijos tipą. Jis nori apibūdinti mūsų (ar bent jau vieno asmens) gebėjimą daryti tam tikros rūšies moralinius sprendimus, t. y. sprendimus apie teisingumą. Jis mano, kad sąlygos, esančios pradinėje pozicijoje, yra fundamentalūs „principai, reguliuojantys mūsų moralines galias ar, konkrečiau tariant, mūsų teisingumo jausmą"[1]. Taigi pradinė pozicija yra schematiška tam tikro bent jau kai kurių, galbūt daugumos, žmonių mentalinio proceso reprezentacija, lygiai kaip gilioji gramatika *(depth grammar)*, anot jo, yra schematiška kitokio mentalinio sugebėjimo prezentacija.

Visa tai leidžia daryti prielaidą, jog pradinė pozicija yra tarpinė išvada, gilesnės teorijos, kuri teikia filosofinių argumentų jos sąlygoms, pusiaukelės taškas. Kitoje šios esė dalyje pamėginsiu aprašyti bent jau pagrindinius šios gilesnės teorijos bruožus. Išskirsiu tris jo knygos paviršinio argumento bruožus – pusiausvyros metodą, visuomenės sutartį ir pačią pradinę poziciją – ir pamėginsiu išsiaiškinti, kuriuos iš įvairių įprastų filosofinių principų ar pozicijų šie bruožai reprezentuoja.

Tačiau pirma dar turiu šį tą pasakyti apie įkvepiančią, nors ir abstrakčią Rawlso idėją, jog šios gilesnės teorijos principai yra sudėtiniai mūsų moralinės kompetencijos principai. Įmanoma išskirti įvairius šios idėjos prasmės lygmenis. Aukščiausiame lygmenyje ji gali reikšti, jog principai, remiantys pradinę poziciją kaip mąstymo apie teisingumą priemonę, yra taip plačiai pripažįstami ir tiek mažai kvestionuojami tam tikroje bendruomenėje, kuriai adresuojama knyga, kad ta bendruomenė negalėtų atsisakyti šių principų, iš esmės nepakeisdama savo mąstymo apie politinės moralės modelius ir jų argumentavimo būdo. Žemiausiu lygmeniu ji gali reikšti, kad šie principai yra įgimtos moralės kategorijos, bendros visiems žmonėms, įtvir-

[1] p. 85.

tintos jų nervų sistemoje, todėl žmogus negalėtų ir paneigti šiuos principus ir kartu išlaikyti patį gebėjimą mąstyti apie moralę.

Toliau aš remsiuosi aukštesniojo lygmens interpretacija, tačiau tai, ką sakysiu, mano galva, dera su žemesniuoju lygmeniu. Taigi teigsiu, kad grupė vyrų ir moterų, pasiskaitę Rawlsą, ima matyti, jog pradinė pozicija jiems tikrai atrodo esanti „intuityvi sąvoka", kuria remiantis reikia mąstyti apie teisingumo problemas, ir kurie laikytų įtikinama tai, kad pradinės pozicijos šalys iš tikrųjų sutartų dėl tų dviejų principų, kuriuos jis aprašo, jeigu tą būtų galima įrodyti. Remdamasis savo patirtimi ir literatūra, manau, kad šioje grupėje yra labai daug tokių, kurie apskritai ką nors galvoja apie teisingumą, ir manau, kad aš taip pat jai priklausau. Noriu atskleisti paslėptas prielaidas, kurios kreipia šios grupės polinkius ta linkme, ir tam tikslui pakartosiu klausimą, kuriuo pradėjau. Kaip Rawlso argumentas remia jo teiginį, kad du jo principai yra teisingumo principai? Mano atsakymas yra sudėtingas ir kartais jis mus nuves toli nuo Rawlso teksto, bet, manau, nenutolsime nuo jo minties.

2.

A. Pusiausvyra

Pradėsiu nuo ką tik aprašytojo pusiausvyros metodo filosofinio pagrindo svarstymo. Šiam dalykui galiu skirti tik keletą puslapių, tačiau svarbu suprasti, kokių substantyvių Rawlso giliosios teorijos bruožų reikalauja jo metodas. Kaip sakiau, šis metodas suponuoja įprastą įžvalgą apie mūsų moralinį gyvenimą. Teisingumo klausimu visi puoselėjame įsitikinimus, kurių laikomės dėl to, kad jie atrodo teisingi, o ne dėl to, kad juos dedukavome arba išvedėme iš kitų įsitikinimų. Pavyzdžiui, galime būti įsitikinę, kad vagystė yra neteisinga ir kad standartinis teismo procesas yra teisingas.

Anot kai kurių filosofų, šios skirtingos įsitikinimų rūšys yra tiesioginis tam tikrų nepriklausomų ir objektyvių moralinių faktų suvokimas. Kitų filosofų požiūriu, jie yra tiesiog subjektyvios preferencijos, ne tokios jau skirtingos nuo paprastų polinkių, tačiau ap-

vilktos teisingumo kalbos drabužiu, siekiant parodyti, kokie svarbūs jie mums atrodo. Kad ir kaip ten būtų, kai su savimi arba vienas su kitu ginčijamės dėl teisingumo, šiuos įpročiu virtusius įsitikinimus, kuriuos vadiname „intuicijomis" arba „įsitikinimais", pasitelkiame maždaug tokiu būdu, kurį pateikia Rawlso pusiausvyros metodas. Savo bendrąsias teisingumo teorijas tikriname savo institucijų atžvilgiu ir mėginame nugalėti tuos, kurie nesutinka su mumis dėl to, kad jų pačių intuicijos kelia keblumų jų teorijoms.

Tarkime, jog mėginame pateisinti šį procesą artikuliuodami filosofinę poziciją dėl sąsajos tarp moralės teorijos ir moralinės intuicijos. Pusiausvyros metodas suponuoja moralės teoriją, kurią galima pavadinti „koherencijos" teorija[1]. Tačiau mes turime rinktis iš dviejų bendrų modelių, kurie apibrėžia koherenciją ir paaiškina, kodėl ji yra būtina, ir pasirinkimas iš šių alternatyvų yra reikšmingas ir turi pasekmių mūsų moralės filosofijai. Aprašysiu šiuos du modelius, o tada argumentuosiu tai, kad pusiausvyros metodas yra prasmingas tik vieno iš jų atveju.

Pirmąjį vadinsiu „natūraliuoju" modeliu. Jis suponuoja filosofinę poziciją, kurią galima reziumuoti taip. Teisingumo teorijos, tokios kaip dviejų Rawlso principų, aprašo objektyvią moralinę tikrovę; kitaip tariant, jos nėra išgalvotos žmonių ar visuomenių, o jų atrandamos taip, kaip jie atranda fizikos dėsnius. Pagrindinis šio atradimo instrumentas yra moralinis gebėjimas, kurį turi bent jau kai kurie žmonės ir kuris konkrečiose situacijose produkuoja konkrečias politinės moralės intuicijas, tokias kaip intuicija, jog vergija yra blogis. Šios intuicijos yra priemonė išsiaiškinti abstraktesnių fundamentalių moralės principų prigimčiai ir egzistavimui, kaip fizikiniai tyrimai yra priemonė tirti fundamentinių fizikos dėsnių egzistavimą ir esmę. Moralinis argumentavimas arba moralės filosofija yra fundamentinių principų rekonstravimo teisinga tvarka kaupiant konkrečius sprendinius procesas – taip gamtos istorikas rekonstruoja viso gyvūno pavidalą iš rastų jo kaulų fragmentų.

---

[1] Žr. Feinberg, „Justice, Fairness and Rationality", 81 *Yale L. J.* 1004, 1018–1021 (1972).

Antrasis modelis yra visai kitoks. Jis teisingumo intuicijas traktuoja ne kaip nepriklausomų principų egzistavimo įrodymus, o kaip bendrosios teorijos, kurią reikia sukonstruoti, privalomus bruožus, tarsi skulptorius užsimotų iškalti gyvūną, geriausiai atitinkantį jo aptiktų vienos vietos kaulų visumą. Šis „konstruktyvusis" modelis, kitaip nei natūralusis modelis, nedaro prielaidos, jog teisingumo principai turi kokią nors nekintamą, objektyvią egzistenciją, tokią, kad tų principų aprašymai turėtų būti teisingi arba neteisingi kokiu nors standartiniu būdu. Jis nesuponuoja, jog gyvūnas, kurį jis atitaiko kaulams, iš tikrųjų egzistuoja. Jis daro kitokią ir tam tikrais atžvilgiais sudėtingesnę prielaidą, jog vyrus ir moteris saisto atsakomybė tam tikrus sprendinius, kuriais vadovaudamiesi jie veikia, derinti su nuoseklia veiksmų strategija, ar bent jau prielaidą, kad tokia atsakomybė saisto pareigūnus, turinčius galią kitų žmonių atžvilgiu.

Šis antrasis, konstruktyvusis, modelis teisininkams nėra nežinomas. Jis analogiškas vienam bylų sprendimo pagal bendrąją teisę modeliui. Tarkime, jog teisėjas susiduria su naujovišku ieškiniu – pavyzdžiui, ieškiniu dėl žalos atlyginimo, grindžiamu juridine teise į asmeninio gyvenimo neliečiamumą, kurios teismai iki tol nebuvo pripažinę[1]. Jis privalo išstudijuoti precedentus, kurie atrodo kokia nors prasme svarbūs, siekdamas suprasti, ar kokie nors principai, kurie, kaip galėtume pasakyti, tuose precedentuose „glūdi" kaip užuomazga *(are „instinct" in)*, turi reikšmės reiškiamai teisei į asmeninio gyvenimo neliečiamumą. Šią teisėjo padėtį galime traktuoti kaip poziciją žmogaus, kuris remdamas moralinėmis intuicijomis argumentuoja bendrosios moralės teorijos link. Konkretūs precedentai yra analogiški intuicijoms; teisėjas mėgina siekti suderinamumo tarp šių precedentų ir principų, kurie galėtų anuos pateisinti, taip pat pateisinti kitus sprendimus, kurie juos peržengia, komplekso. Tačiau jis nemano, kad precedentai yra žvilgtelėjimas į moralinę realybę, taigi ir objektyvių principų, – kuriuos jis paskelbs pabaigoje, – iden-

[1] Čia turiu galvoje garsųjį Brandeiso ir Warreno argumentą. Žr. Brandeis & Warren, „The Right to Privacy", 4 *Harv. L. Rev.* 193 (1890), kuris reprezentuoja argumentą pagal konstruktyvųjį modelį. Žr. 4-ą skyrių.

tifikavimo priemonės. Jis nemano, kad principai šia prasme „glūdi kaip užuomazga" precedente. Veikiau, panašiai kaip reikalauja konstruktyvusis modelis, jausdamas atsakomybę būti nuosekliam ankstesnių veiksmų atžvilgiu, jis akceptuoja šiuos precedentus kaip principo, kurį jis privalo sukonstruoti, konkretizaciją.

Noriu pabrėžti svarbų skirtumą tarp šių dviejų modelių. Tarkime, pareigūnas pagrįstai įsitikinęs laikosi kokios nors intuicijos, kurios joks principų kompleksas, kurį jis dabar gali sukurti, negali suderinti su kitomis jo intuicijomis. Pavyzdžiui, jis gali manyti, kad už pasikėsinimą nužudyti neteisinga bausti taip pat griežtai kaip už įvykdytą nužudymą, ir vis dėlto nepajėgti suderinti šios pozicijos su savo nuovoka, jog žmogaus kaltė yra deramai įvertinama tik atsižvelgiant į ketinimą, o ne į tai, kas iš tikrųjų atsitiko. Arba jis gali manyti, kad tam tikra rasinė mažuma, kaip mažuma, turi teisę į specialią apsaugą, ir nepajėgti suderinti šios pažiūros su savo pažiūra, jog atskyrimas rasiniu pagrindu yra iš esmės neteisingas individų atžvilgiu. Kai pareigūnas yra tokioje padėtyje, kiekvienas iš tų modelių jam teikia skirtingą patarimą.

Natūralusis modelis remia politinę nuostatą, reikalaujančią laikytis problemiškos intuicijos ir nepaisyti tariamo prieštaravimo, tikint, kad rafinuotesnis principų kompleksas, kuris priderina tą intuiciją, iš tikrųjų yra galimas, bet dar nebuvo atskleistas. Pagal šį modelį, pareigūno pozicija yra tokia kaip astronomo, turinčio aiškius stebėjimu gautus duomenis, su kuriais dar nedera joks nuoseklus paaiškinimas, pavyzdžiui, saulės sistemos kilmės paaiškinimas. Jis toliau paiso savo stebėjimo duomenų ir remiasi jais, pasikliaudamas idėja, jog koks nors viską į savo vietas sudėliojantis paaiškinimas yra galimas, tačiau žmonių jis dar neatskleistas, o galbūt niekada nė nebus atskleistas.

Natūralusis modelis remia šią politinę nuostatą, nes jis yra pagrįstas filosofine pozicija, kuri skatina tokią analogiją tarp moralinių intuicijų ir stebėjimo duomenų. Anot šios prielaidos, visiškai suprantama, jog tiesioginiai stebėjimai, galimi dėl moralinio gebėjimo, pranoksta aiškinamąją stebinčiųjų galią. Taip pat suprantama, jog, ne-

paisant šio negalėjimo paaiškinti, koks nors teisingas paaiškinimas moralės principų pavidalu iš tikrųjų yra galimas, jeigu tiesioginiai stebėjimai yra tikri, turi egzistuoti koks nors paaiškinimas, kodėl dalykai yra tokie, kokie jie pastebėti moraliniame universume, lygiai kaip turi egzistuoti koks nors paaiškinimas, kodėl dalykai yra tokie, kokie jie pastebėti fizikiniame pasaulyje.

Tačiau konstruktyvusis modelis neremia tariamo nenuoseklumo nepaisymo politikos, paremtos viltimi, kad sutaikantys principai turi egzistuoti. Priešingai, jis reikalauja, kad sprendimai, priimami apeliuojant į teisingumą, niekuomet neviršytų pareigūno gebėjimo paaiškinti šiuos sprendimus teisingumo teorija, net jeigu ta teorija iš jo pareikalautų atsižadėti kai kurių savo intuicijų. Jis reikalauja veikti remiantis principu, o ne tikėjimu. Jo variklis yra atsakomybės doktrina, kuri iš žmonių reikalauja savo intuicijas integruoti, o kai kurias iš jų prireikus subordinuoti tai atsakomybei. Jis presuponuoja, kad artikuliuotas nuoseklumas, sprendimai, derantys su programa, kurią galima paviešinti ir kuria galima vadovautis kol ji pakeičiama, yra esminiai bet kuriai teisingumo koncepcijai. Pareigūnas, kurio padėtis yra kaip mano aprašytoji, laikydamasis šio modelio, turės atsisakyti akivaizdžiai nenuoseklios pozicijos; jis turės tai padaryti, net jeigu viliasi kada nors tolesnės refleksijos būdu parengti geresnius principus, leisiančius visiems jo pradiniams įsitikinimams tapti principais[1].

Konstruktyvusis modelis nesuponuoja skepticizmo ar reliatyvizmo. Priešingai, jis remiasi prielaida, kad vyrai ir moterys, kurių samprotavimas atitinka šį modelį, nuoširdžiai laikysis savo įsitikinimų, ir kad šis nuoširdumas apims politinių veiksmų ar sistemų, pažeidžiančių pačius giliausius iš jų, kaip neteisingų politinių veiksmų ar sistemų, kritikavimą. Šis modelis nei paneigia, nei patvirtina objektyvų bet kurio iš tų įsitikinimų statusą; todėl jis dera su moraline ontolo-

---

[1] Ši perskyra gali paaiškinti garsųjį ginčą tarp profesoriaus Wechslerio („Toward Neutral Principles in Constitutional Law", 73, *Hart. L. Rev.* 1 [1959]) ir jo kritikų. Wechsleris konstituciniam teisėjavimui teikia konstruktyvųjį modelį, o tie, kurie palaiko labiau bandomąjį ir intuityvesnį požiūrį į konstitucinę teisę, vadovaujasi natūraliuoju modeliu.

gija, kurią natūralusis modelis suponuoja, nors, kaip samprotavimo modelis, jos ir nereikalauja.

Jis nereikalauja tos ontologijos, nes jo reikalavimai yra nepriklausomi nuo jos. Natūralusis modelis primygtinai reikalauja dermės su įsitikinimu, remdamasis prielaida, kad moralinės intuicijos yra teisingi pastebėjimai; nuoseklumo reikalavimas kyla iš šios prielaidos. Konstruktyvusis modelis primygtinai kelia dermės su įsitikinimu reikalavimą kaip nepriklausomą reikalavimą, kylantį ne iš prielaidos, kad tie įsitikinimai yra realybės perteikimas, bet iš kitos prielaidos – kad sąžiningi pareigūnai negali veikti jokiu kitu, tik bendros politinės teorijos pagrindu, kuri verčia juos būti nuoseklius, teikia viešą jų elgesio testavimo, diskutavimo arba numatymo standartą ir neleidžia apeliuoti į unikalias intuicijas, mat tokia apeliacija konkrečiais atvejais gali slėpti išankstinį nusistatymą arba savanaudišką interesą. Taigi konstruktyvusis modelis nuoseklumo reikalauja dėl nepriklausomų politinės moralės priežasčių; įsitikinimus, kurių laikomasi su deramu sąžiningumu, jis laiko duotybe, ir siekia nustatyti sąlygas aktams, kurių šios intuicijos, galima teigti, reikalauja. Jeigu konstruktyvusis modelis nori konstituoti moralę bet kuria iš mano išskirtųjų prasmių, šie nepriklausomi politinės moralės motyvai sudarys mūsų politinių teorijų šerdį.

Taigi šie du modeliai reprezentuoja skirtingas pozicijas, iš kurių gali būti plėtojamos teisingumo teorijos. Galime sakyti, jog natūralusis modelis žvelgia į intuicijas individo, kuris jų laikosi ir laiko jas diskretiškais pastebėjimais apie moralinę realybę, asmeniniu požiūriu. Konstruktyvusis modelis žvelgia į šias intuicijas viešesniu požiūriu; tai modelis, kurį kas nors galėtų siūlyti kaip bendruomenės valdymo modelį, bendruomenės, kurios kiekvienas narys turi tvirtus įsitikinimus, besiskiriančius, nors ir ne per labiausiai, nuo kitų narių įsitikinimų.

Šiuo viešuoju požiūriu konstruktyvusis modelis yra patrauklus ir dėl kitos priežasties. Jis gerai tinka teisingumo problemas svarstant grupės požiūriu, t. y. plėtojant teoriją, kurią galima laikyti bendruomenės, o ne atskirų individų teorija, o šis projektas yra svarbus, pavyzdžiui, bylų sprendimui. Pradinių įsitikinimų, kuriuos reikia įvertinti,

ratas gali būti plečiamas arba mažinamas, siekiant akomoduoti didesnės ar mažesnės grupės intuicijas, ir tai gali būti daroma įtraukiant visus įsitikinimus, kurių laikosi įvairūs nariai, arba atmetant tuos, kurių laikosi ne visi nariai, kaip gali pareikalauti konkreti kalkuliacija. Natūraliojo modelio atveju toks procesas būtų autodestruktyvus, nes kiekvienas individas manytų, jog paisoma arba neteisingų pastebėjimų, arba kad nepaisoma teisingų pastebėjimų, taigi, kad objektyvios moralės išvedimas buvo nepagrįstas. Tačiau konstruktyviojo modelio atveju toks prieštaravimas būtų negalimas; taip taikomas, šis modelis būtų tinkamas, pavyzdžiui, identifikuoti teisingumo koncepcijai, kuri geriausiai inkorporuoja bendrus bendruomenės įsitikinimus, nepretenduodama būti objektyvaus moralinio universumo deskripcija.

Tad kuris iš šių dviejų modelių geriau paremia pusiausvyros metodą? Kai kurie komentarų autoriai, atrodo, teigia, jog šiuo metodu Rawlsas įsipareigoja natūraliajam modeliui[1]. Tačiau šio modelio ir pusiausvyros metodas pasirodo esąs paviršutiniškas: tik pasigilinę labiau, pamatome, kad jie yra nesuderinami. Pirmiausia, natūralusis modelis negali paaiškinti vieno skiriamojo to metodo bruožo. Jis paaiškina, kodėl mūsų teisingumo teorija privalo atitikti mūsų intuicijas apie teisingumą, tačiau nepaaiškina, kodėl mes esame teisūs papildydami tas intuicijas tam, kad tas atitikimas būtų dar užtikrintesnis.

Rawlso pusiausvyros samprata, kaip sakiau anksčiau, yra dvipusis procesas; mes judame tarp teorijos pataisymų ir įsitikinimų pataisymų, kol pasiekiame kiek įmanoma geresnio atitikimo. Jeigu mano nusistovėjusius įsitikinimus šiaip gali apimti, pavyzdžiui, paprasta utilitarinė teisingumo teorija, tai laikantis šio metodo, tai galėtų būti pagrindas atmesti mano intuiciją, jog vergystė būtų blogis, net jeigu ji skatintų naudą. Tačiau pagal natūralųjį modelį tai būtų ne kas kita kaip įrodymų kepimas, nelyginant gamtininkas sunaikintų pėdsakus, kurie sugriovė jo pastangas aprašyti juos įspaudusį gyvūną, ar astronomas tiesiog pašalintų stebėjimų rezultatus, kurių jo teorija negali inkorporuoti.

[1] Žr., pvz., Hare, „Rawls' Theory of Justice – 1", 23 *Philosophical Quarterly* 144 (1973).

Turime būti budrūs, kad nepražiūrėtume šio momento, pasikliaudami sofistišku argumentu apie mokslą. Įprasta sakyti, – pats Rawlsas pasitelkia šį palyginimą[1], – jog mokslininkai taip pat taiso savo įrodymus, kad sukurtų sklandų paaiškinančių principų kompleksą. Tačiau, jeigu tai apskritai teisinga, jų procedūros labai skiriasi nuo tų, kurias rekomenduoja pusiausvyros metodas. Antai galėtume pasitelkti žinomą pavyzdį, optines haliucinacijų apgaules. Tikra tiesa, jog mokslininkas, išvydęs dykumoje vandenį, nesako, jog vandens telkinys iš tikrųjų ten buvo, kol jis jį priėjo, tad reikia peržiūrėti fiziką, kad būtų numatytas išnykstantis vanduo; priešingai – jis panaudoja tariamą išnykimą kaip apgaulės įrodymą, t. y. kaip įrodymą, jog, priešingai nei jam atrodė stebint, ten niekuomet nėra buvę jokio vandens.

Žinoma, mokslininkas negali šio dalyko taip palikti. Jis negali paneigti miražų, kol fizikos dėsnių nepapildo juos paaiškinančiais optikos dėsniais. Gali būti, jog jis tam tikra prasme turi rinktis iš konkuruojančių savo stebėjimų visumos paaiškinimų. Pavyzdžiui, jam gali tekti rinktis, ar miražus traktuoti kaip ypatingos rūšies fizinius objektus ir papildyti fizikos dėsnius, kad būtų numatyti šios rūšies išnykstantys objektai, ar miražus traktuoti kaip optines apgaules ir išplėsti optikos dėsnius, kad tokios apgaulės būtų paaiškintos. Jis gali rinktis ta prasme, kad jo patirtis neverčia (absoliučia prasme) rinktis nė vieno iš šių paaiškinimų; pirmasis yra įmanomas pasirinkimas, tačiau jo įvykdymas pareikalautų tiek fizikos, tiek sveiko proto supratimo nuodugnios revizijos.

Štai ką, mano supratimu, turi galvoje filosofai, tokie kaip Quine'as, manantys, jog mūsų sąvokos ir mūsų teorijos turi priimti mūsų patirties visumos iššūkį, kad galėtume reaguoti į besipriešinančią arba netikėtą patirtį, darydami įvairias peržiūras skirtingose savo teorinių struktūrų vietose, jeigu to norime[2]. Nepriklausomai nuo to, ar šis mokslinio samprotavimo pavaizdavimas yra teisingas, tai nėra pusiausvyros procedūros pavaizdavimas, nes ši procedūra siekia paro-

[1] Rawlsas sutelkia dėmesį į šią perskyrą p. 49.

[2] W. V. Quine, „Two Dogmas of Empiricism", in *From a Logical Point of View* 20 (2d ed. rev. 1964).

dyti ne tik kad yra galimos alternatyvios principų struktūros, leidžiančios paaiškinti tuos pačius fenomenus, bet ir kad kai kuriuos iš tų fenomenų, turinčių moralinių įsitikinimų formą, galima paprasčiausiai ignoruoti, siekiant geriau pasitarnauti tam tikrai teorijai.

Iš tiesų Rawlsas šią procedūrą kartais aprašo nekaltesniu būdu. Jis įtaigauja, kad jeigu mūsų bandomosios teisingumo teorijos neatitinka kokios nors konkrečios intuicijos, šitai turi veikti kaip perspėjamasis signalas, reikalaujantis iš mūsų apmąstyti, ar tai iš tikrųjų įsitikinimas, kurį išpažįstame[1]. Jeigu mano įsitikinimai šiaip remia naudos principą, tačiau jaučiu, kad vergystė būtų neteisinga, net jeigu naudos padaugėtų, aš galiu vėl susimąstyti apie vergystę, ramiau pagalvoti, ir šį kartą mano intuicijos galėtų būti kitokios ir suderinamos su tuo principu. Tokiu atveju pradine nederme pasinaudojama kaip proga persvarstyti intuiciją, bet ne kaip pagrindu jos atsisakyti.

Vis dėlto nebūtinai viskas vyks taip. Aš galiu ir toliau jausti ankstesnę intuiciją, nesvarbu, kaip tvirtai suimu save į rankas, kad jos atsikratyčiau. Tuo atveju toji procedūra vis tiek leidžia man ją ignoruoti, jeigu to reikia, pusiausvyros harmonijai pasiekti. Tačiau jei taip padarau, aš ne siūlau alternatyvų įrodymų paaiškinimą, o paprasčiausiai jų nepaisau. Kas nors kitas, kurio intuicijos yra kitokios, gali pasakyti, jog manosios yra iškreiptos, galbūt dėl kokios nors vaikystės patirties arba dėl to, kad man stinga vaizduotės pagalvoti apie hipotetinius atvejus, kai vergystė iš tikrųjų gali padidinti naudą. Kitaip tariant, jis gali pasakyti, kad čia mano jautrumas yra nenormalus, tad mano intuicijos nėra tikri moralinės realybės suvokiniai ir gali būti atmestos kaip nieko neverti daltoniko *(color-blind)* pareiškimai.

Tačiau aš negaliu sutikti su tokiu vertinimu savo atžvilgiu, kaip mano problemiškų įsitikinimų išaiškinimu, kol laikausi šių įsitikinimų ir jie man atrodo pagrįsti, savo moraline kokybe neišskiriami iš kitų mano įsitikinimų. Mano pozicija skiriasi nuo daltoniko pozicijos, žmogaus, kuriam tereikia suprasti, kad kitų suvokimas skiriasi nuo jo. Jeigu manau, kad mano intuicijos yra tiesioginis reportažas

---

[1] p. 82.

kokios nors moralinės realybės, aš negaliu sutikti, jog viena konkreti intuicija yra klaidinga, kol neimu jausti ar suvokti, kad ji yra klaidinga. Nuogas faktas, jog kiti nesutinka, jeigu jie nesutinka, gali būti proga iš naujo pasitarti su savo intuicijomis, tačiau jeigu mano įsitikinimai lieka tokie patys, tai, jog kiti juos gali paaiškinti kitaip, negali būti priežastis, dėl kurios jų atsisakyčiau, užuot juos išlaikęs, kartu su viltimi, kad jų sutaikinimas su kitais mano įsitikinimais iš tikrųjų yra įmanomas.

Taigi natūralusis modelis neteikia patenkinamo to pusiausvyros bruožo, jog ji yra dvikryptė, paaiškinimo. Tačiau net jeigu jis teiktų tokį paaiškinimą, paliktų nepaaiškintus kitus šio metodo bruožus. Pavyzdžiui, paliktų nepaaiškintą faktą, jog šio metodo rezultatai, bent jau Rawlso rankose, yra būtini ir didžiai praktiški. Rawlso vyrai ir moterys, esantys pradinėje pozicijoje, siekia atrasti principus, kuriuos jiems ir jų įpėdiniams atrodys lengva suprasti, skelbti ir kurių lengva laikytis; šiaip patrauklius principus reikia atmesti arba pataisyti, jeigu jie šiuo atžvilgiu yra per sudėtingi arba kaip kitaip nepraktiški. Tačiau taip atrinkti teisingumo principai yra kompromisai, pasižymintys netvirtumu, ir yra kontingentiški ta prasme, kad keisis keičiantis bendrajai žmonių būklei ir išsilavinimui. Iš pažiūros tai nedera bent jau mažų mažiausiai su natūraliojo modelio dvasia, pagal šį modelį teisingumo principai yra nelaikiški kažkokios nepriklausomos moralinės realybės bruožai, kuriuos netobuli vyrai ir moterys pagal išgales turi stengtis atitikti kiek įmanoma geriau.

Be to, pusiausvyros metodas yra skirtas identifikuoti principams, kurie yra reliatyvūs mažiausiai dviem prasmėmis: pirma, jis sumanytas kaip priemonė išrinkti geriausią teisingumo teoriją iš alternatyvių teorijų sąrašo, kuris turi būti ne tik baigtinis, bet ir pakankamai trumpas, kad jų palyginimas būtų įmanomas. Šis apribojimas yra svarbus; patį Rawlsą jis atveda prie minties, kad jis nė kiek neabejoja, jog pradinis galimų teorijų sąrašas, gerokai platesnis, palyginti su jo svarstomuoju, apimtų geresnę teisingumo teoriją negu du jo principai[1].

[1] p. 581.

Antra, jis duoda rezultatus, kurie artimi pradinio susitarimo tarp tų kurie drauge atlieka spekuliatyvius jo rekomenduojamus eksperimentus, sferai. Jis sumanytas, kaip sako Rawlsas, sutaikyti nesutariantiems žmonėms, susitelkiant ties tuo, kas yra jų bendras pagrindas[1]. Kaip pripažįstama, testo skirtingi rezultatai bus skirtingose grupėse atveju ir tai pačiai grupei skirtingu metu, keičiantis visuotiniam patikimos intuicijos pagrindui.

Jeigu pusiausvyros metodas būtų naudojamas laikantis natūraliojo modelio, jo išvadų patikimumą rimtai kvestionuotų reliatyvizmo formos. Pavyzdžiui, jeigu pusiausvyros argumentas už du Rawlso principus parodo tik tai, kad jiems pagrįsti galima rasti geresnių argumentų negu bet kuriems kitiems principams, įtrauktiems į ribotą trumpą sąrašą, ir jeigu pats Rawlsas yra įsitikinęs, kad tolesnis studijavimas produkuos geresnę teoriją, tai mes turime labai menką pagrindą manyti, jog šie du principai yra teisinga moralinės realybės deskripcija. Remiantis natūraliuoju modeliu sunku suprasti, o kodėl tuomet juos apskritai dera laikyti bent kiek patikimais.

Išties, argumentai neteikia netgi jokio labai gero pagrindo manyti, kad tie du principai labiau tinka moralinei realybei aprašyti negu kitos trumpojo sąrašo teorijos. Tarkime, esame paprašomi iš penkių teisingumo teorijų išrinkti geriausiai tinkamą teoriją suvienyti mūsų įsitikinimus atspindėjimo pusiausvyros būdu, ir mes pasirenkame penktąją. Nustatykime prielaidą, kad esama kokios nors šeštos teorijos, kurią būtume pasirinkę, jeigu ji būtų patekusi į sąrašą. Ši šeštoji teorija gali būti artimesnė, pavyzdžiui, pirmajai mūsų pradiniame sąraše esančiai teorijai negu penktajai, bent jau štai kokia prasme: per ilgą laiką visuomenė, besivadovaujanti pirmąja, gali padaryti daugiau tų sprendimų, kurių padarytų visuomenė, besivadovaujanti šeštąja, negu padarytų visuomenė, besivadovaujanti penktąja.

Tarkime, pavyzdžiui, kad mūsų pradiniame sąraše kaip galimos teisingumo teorijos buvo klasikinis utilitarizmas ir du Rawlso principai, tačiau nebuvo paprasto *(average)* utilitarizmo. Gali būti, kad

[1] p. 580–581.

klasikinį utilitarizmą atmetėme tuo pagrindu, jog malonumo dėl malonumo produkavimas, nesusietas su jokiu konkrečių žmonių ar kitų gyvūnų gerovės pakėlimu, yra menkai prasmingas, ir tuomet pasirinkome du Rawlso principus kaip geriausią iš likusiųjų teorijų. Vis dėlto gali būti, jog būtume pasirinkę paprastąjį utilitarizmą kaip pranašesnį už tuos du principus, jeigu jis būtų buvęs sąraše, nes paprastasis utilitarizmas nesuponuoja, kad visoks bendro malonumo kiekio padidėjimas yra gerai. Tačiau mūsų atmestasis klasikinis utilitarizmas, galėtų būti artimesnis paprastajam utilitarizmui, kurį būtume pasirinkę, jei būtume galėję, negu tie du pasirinktieji principai. Jis galėtų būti artimesnis aprašytąja prasme – nes diktuotų daugiau būtent tokių sprendimų, kurių reikalautų paprastasis utilitarizmas, ir dėl to būtų geresnė galutinės moralinės realybės deskripcija negu tie du principai. Žinoma, paprastasis utilitarizmas ir pats galėtų būti atmestas esant dar platesniam sąrašui – tuomet mūsų deramas pasirinkimas galėtų parodyti, jog kitas pradinio sąrašo narys buvo geresnis tiek už klasikinį utilitarizmą, tiek už tuos du principus.

Antrosios rūšies reliatyvizmas būtų toks pat nesuderinamas su natūraliuoju modeliu dėl priežasčių, kurias jau išaiškinau. Jeigu pusiausvyros metodą naudoja vienintelis asmuo, o intuicijos, laikomos paisytinomis, yra vien jo, tai rezultatai jam gali būti įpareigojantys. Kiti, kurių intuicijos yra kitokios, negalės priimti jo išvadų, bent jau visiškai priimti, bet jis pats gali. Tačiau jeigu metodas naudojamas viešiau, pavyzdžiui, kreipiant dėmesį į tai, kas bendra grupės intuicijoms, rezultatai bus tokie, kurių niekas negalės laikyti patikimais, lygiai kaip niekas negali laikyti patikimu mokslinio rezultato, pasiekto nepaisant to, kas laikyta įrodymu, svarbiu bent jau tiek pat kaip panaudotieji įrodymai.

Taigi natūralusis modelis pasirodo esąs varganas pusiausvyros metodo pagrindimas. Tačiau nė vienas iš ką tik paminėtų sunkumų neiškyla, jeigu tariame tą metodą tarnaujant konstruktyviajam modeliui. Laikantis šio modelio šis metodas teikia pagrindą atmesti net tą tvirtą įsitikinimą, kad joks pagrįstas ir darnus principų kompleksas negali jo suderinti su kitais įsitikinimais; ir įsitikinimas atmetamas ne

kaip neteisingas realybės perteikimas, bet paprasčiausiai kaip neatitinkantis programos, tenkinančios modelio reikalavimus kriterijų. Taip pat joks aspektas, kuriuo žiūrint tas metodas yra reliatyvus, netrikdo konstruktyviojo modelio. Neverta nerimauti dėl to, jog kokia nors teorija, kuri nebuvo svarstoma, būtų galėjusi būti įvertinta kaip pranašesnė, jeigu būtų buvusi svarstoma. Šis modelis reikalauja iš pareigūnų arba piliečių vadovautis geriausiąja programa iš tų, kurias jie gali dabar sudaryti, paisydami nuoseklumo motyvų, kurie nesuponuoja to, ką suponuoja natūralusis modelis, – kad pasirinktoji teorija yra kokia nors galutine prasme teisinga. Jis nežlugdo teorijų, kad skirtinga grupė arba skirtinga visuomenė su skirtinga kultūra ir patirtimi pateiktų skirtingą teoriją. Jis gali kvestionuoti tai, ar kokia nors grupė turi teisę savo moralines intuicijas laikyti kuria nors prasme objektyviomis ar transcendentinėmis, tačiau negali kvestionuoti to, kad tam tikra visuomenė, kuri tam tikrus įsitikinimus tokiais laiko, privalo jomis vadovautis principingai.

Todėl remsiuosi prielaida, bent jau preliminariai, kad Rawlso metodologija suponuoja konstruktyvųjį samprotavimo modelį nuo konkrečių įsitikinimų eiti bendrų teisingumo teorijų link, ir aš šia prielaida remiuosi mėgindamas atskleisti kitus moralės teorijos postulatus, kurie grindžia jo teisingumo teoriją.

B. Sutartis

Taigi priėjau prie antrojo iš trijų Rawlso metodologijos bruožų, kuriuos noriu aptarti, būtent prie to, kaip jis panaudoja seną socialinės sutarties idėją. Aš atskiriu, kaip ir Rawlsas, bendrąją idėją, jog įsivaizduojama sutartis yra tinkama priemonė mąstyti apie teisingumą, nuo specifiškesnių pradinės pozicijos bruožų, kurie laikytini konkrečiu tos bendrosios idėjos taikymu. Rawlsas mano, kad visos teorijos, kurias galima manyti remiantis kokia nors hipotetine socialine sutartimi, yra giminingos ir kaip klasė skiriasi nuo teorijų, kurių tokiomis negalima laikyti; pavyzdžiui, jis mano, kad paprastasis utilitarizmas, kurį tam tikra interpretacija galėtų traktuoti kaip socialinės sutarties produktą, yra artimesnis jo paties teorijai negu (kaip ir

ji pati) klasikiniam utilitarizmui, kuris jokioje interpretacijoje negali būti traktuojamas kaip sutarties produktas[1]. Kitame skirsnyje aš svarstysiu pradinės pozicijos teorinį pagrindą. Šiame skirsnyje noriu apsvarstyti bendresnės pačios sutarties idėjos pagrindą.

Rawlsas sako, kad sutartis yra stiprus argumentas jo principų naudai, nes įkūnija filosofinius principus, kuriuos mes akceptuojame arba akceptuotume, jeigu apie juos pamąstytume. Mes norime sužinoti, kas tai per principai, ir savo užduotį galime formuluoti taip. Tie du principai apima teisingumo teoriją, kuri konstruojama remiantis sutarties hipoteze. Tačiau sutarties negalima pagrįstai laikyti fundamentalia tos teorijos prielaida ar postulatu – dėl pirmojoje šio straipsnio dalyje mano aprašytų priežasčių. Jį reikia suprasti kaip tam tikrą svaresnio argumento pusiaukelės tašką, t. y. jog jis pats yra produktas gilesnės politinės teorijos, kuri argumentuoja už tuos du principus pasitelkdama sutarties argumentą, o ne apeliuodama į sutartį. Todėl turime pamėginti identifikuoti gilesnės teorijos, kuri rekomenduotų sutarties instrumentą, bruožus, o ne kitas Rawlso minimas teorines priemones (kaip kad nešališko stebėtojo priemonę) kaip teisingumo teorijos variklį[2].

Manau, kad atsakymą rastume susitelkę į įprastą perskyrą, kurią filosofai daro tarp dviejų tipų moralinių teorijų, vadinamų teleologinėmis ir deontologinėmis teorijomis[3], ir ją nušlifuosime. Aš argumentuosiu tai, kad bet kokia nuodugnesnė teorija, kuri pateisintų Rawlso sutarties naudojimą, turi būti tam tikros formos deontologinė teorija, teorija, kuri teisių idėją traktuoja pakankamai rimtai, kad teises laikytų fundamentaliu dalyku politinėje moralėje. Pamėginsiu parodyti, kuo tokia teorija, kaip tipas, skirtųsi nuo kitų politinės teorijos tipų ir kodėl tik tokia teorija gali suteikti sutarčiai tą vaidmenį ir svarbą, kurį teikia Rawlsas.

Tačiau šį argumentą turiu pradėti paaiškindamas, kaip vartosiu kai kuriuos įprastus terminus. (1) Aš sakysiu, kad politinėje teorijoje

[1] 30-as sk.

[2] p. 144 ir toliau.

[3] Rawlsas šiuos terminus apibrėžia p. 24–25 ir 30.

tam tikra būklė yra *tikslas,* jeigu toje teorijoje argumentu politinio akto naudai laikoma tai, jog tas aktas skatins progresą tos būklės link arba ją išsaugos, o argumentu prieš aktą, – tai, jog tas aktas jai sukliudys arba sukels jai grėsmę. Tikslai gali būti reliatyviai konkretūs, tokie kaip visiškas nedarbo panaikinimas arba valdžios gerbimas, arba reliatyviai abstraktūs, tokie kaip visuotinės gerovės pakėlimas, tautos galybės ugdymas arba utopinės visuomenės sukūrimas pagal tam tikrą žmogiškojo gėrio arba gero gyvenimo sąvoką. (2) Aš sakysiu, kad pagal politinę teoriją individas turi teisę į tam tikrą politinį aktą, jeigu to akto nevykdymo, kai jis jo reikalauja, ta teorija nepateisintų, net jeigu viską pasvėrus tuo aktu būtų nusižengta tos teorijos tikslams. Tam tikros teisės stiprumas tam tikroje teorijoje yra nenaudingumo tos teorijos tikslams – ne šiaip paprasto nenaudingumo apskritai laipsnio, būtino, kad būtų pateisinamas akto, reikalaujamo apeliuojant į tą teisę, nevykdymas, funkcija. Pavyzdžiui, populiariojoje politikos teorijoje, akivaizdžiai dominuojančioje Jungtinėse Valstijose, individai turi žodžio laisvę politinėmis temomis ir į tam tikrą minimalaus gyvenimo lygio standartą, tačiau nė viena iš šių teisių nėra absoliuti, o pirmoji yra daug stipresnė už antrąją. (3) Aš sakysiu, kad pagal politinę teoriją individas turi *pareigą* veikti tam tikru būdu, jeigu politinis sprendimas, apibrėžiantis tą aktą, yra tos teorijos pateisinamas, nors tas sprendimas nenaudingas jokiam sistemos tikslui. Pavyzdžiui, teorija gali numatyti, kad individai turi pareigą garbinti Dievą, nors to ir nereikalauja joks tikslas, kuriam būtų pasitarnauta reikalaujant iš jų tai daryti[1].

Trys mano aprašytosios sąvokos funkcionuoja skirtingais būdais, tačiau jos visos tarnauja pateisinti arba pasmerkti, bent jau *pro tanto,* tam tikriems politiniams sprendimams. Kiekvienu iš atvejų pateisinimas, pateiktas remiantis tikslu, teise *(right)* arba pareiga, yra iš principo išbaigtas ta prasme, jog nieko nebereikia pridurti, kad pateisinimas taptų efektyvus, jeigu jo negriauna kokios nors konku-

[1] Tikslais čia nelaikau teisių gerbimo ar pareigų įgyvendinimo. Šiuo ir kitais akivaizdžiais atvejais mano apibrėžiamų terminų vartosena yra siauresnė nei leidžia kasdienė kalba.

ruojančios motyvacijos. Tačiau nors toks pateisinimas šia prasme yra išbaigtas, tai nereiškia, kad toje teorijoje jis yra galutinis. Lieka atvira galimybė paklausti, kodėl tam tikras tikslas, teisė ar pareiga yra pateisinama, ir teorija gali pateikti atsakymą, pasitelkdama *fundamentalesnį* tikslą, teisę ar pareigą, kuriems tam tikrais atvejais tarnaujama, akceptuojant šį ne tokį fundamentalų tikslą, teisę ar pareigą kaip išbaigtą pateisinimą.

Pavyzdžiui, konkretus tikslas gali būti pateisintas kaip prisidedąs prie fundamentalesnio tikslo; antai visiškas užimtumas gali būti pateisintas kaip prisidedąs prie didesnės vidutinės gerovės. Arba tikslas gali būti pateisintas kaip tarnaująs fundamentalesnei teisei ar pareigai; pavyzdžiui, teorija gali sakyti, kad bendrojo nacionalinio produkto padidinimas, kuris yra tikslas, yra būtinas įgalinti valstybę gerbti individų teisę į deramą minimalaus gyvenimo lygio standartą, arba kad teisėsaugos proceso efektyvumo padidinimas yra būtinas siekiant įgyvendinti įvairias individualias pareigas neprasikalsti. Kita vertus, teisės ir pareigos gali būti pateisintos tuo pagrindu, jog tam tikrais atvejais funkcionuodamos kaip išbaigtas pateisinimas, jos iš tikrųjų tarnauja fundamentalesniems tikslams; pavyzdžiui, individų pareiga atidžiai vairuoti automobilį gali būti pateisinta kaip tarnaujanti fundamentalesniam tikslui – visuotinės gerovės padidinimui. Žinoma, ši pateisinimo forma nereiškia, jog ne tokia fundamentali teisė ar pareiga pati pateisina politinius sprendimus, tik jeigu šie sprendimai, kiekvienas atskirai, skatina progresą fundamentalesnio tikslo link. Veikiau turima galvoje žinoma normų utilitarizmo nuostata, jog teisės ar pareigos kaip išbaigto pateisinimo konkrečiais atvejais traktavimas nenurodant fundamentalesnio tikslo iš tikrųjų skatins progresą tikslo link ilgalaikėje perspektyvoje.

Taigi tikslai gali būti pateisinti kitų tikslų arba teisių, arba pareigų, o teisės arba pareigos gali būti pateisintos tikslų. Žinoma, teisės ir pareigos taip pat gali būti pateisintos kitų, fundamentalesnių pareigų ir teisių. Pavyzdžiui, Jūsų pareiga gerbti mano asmeninio gyvenimo neliečiamumą gali būti pateisinta mano teisės į asmeninio gyvenimo neliečiamumą. Turiu galvoje ne tą paprasčiausią dalyką, jog

teisės ir pareigos gali būti koreliuotos kaip tos pačios monetos priešingos pusės. Pavyzdžiui, taip gali būti, jeigu teisė ir atitinkama pareiga yra pateisinamos kaip tarnaujančios fundamentalesniam tikslui, kaip kad tuo atveju, kai Jūsų teisė į nuosavybę ir mano atitinkama pareiga nepažeisti žemės valdos ribų yra pateisinamos fundamentalesnio tikslo – socialiai efektyvaus žemės naudojimo. Tačiau daugeliu atveju atitinkamos teisės ir pareigos nėra koreliatyvios, bet viena yra išvedama iš kitos, ir tuomet svarbu, kokios išvados darytinos. Yra skirtumas tarp idėjos, kad Jūs turite pareigą man nemeluoti, nes aš turiu teisę nebūti apgaudinėjamas, ir idėjos, kad aš turiu teisę į tai, kad Jūs man nemeluotumėte, nes Jus saisto pareiga nemeluoti. Pirmuoju atveju aš pareigą pateisinu nurodydamas į teisę *(right);* jeigu turiu galvoje kokį nors tolesnį pateisinimą, tai turiu pateisinti būtent tą teisę, ir negaliu to padaryti nurodydamas pareigą. Antruoju atveju yra atvirkščiai. Tai svarbus skirtumas, nes, kaip netrukus pamėginsiu parodyti, teorija, kuri teises laiko fundamentaliomis, yra skirtingo pobūdžio teorija negu ta, kuri fundamentaliomis laiko pareigas.

Taigi politinės teorijos viena nuo kitos skirsis ne tik konkrečiais tikslais, teisėmis ir pareigomis, kurias kiekviena nustato, bet ir būdu, kuriuo kiekviena susieja savo pasitelkiamus tikslus, teises ir pareigas. Gerai sukonstruotoje teorijoje koks nors darnus jų kompleksas, viduje hierarchizuotas ar diferencijuotas pagal svarumą, toje teorijoje bus laikomas fundamentaliu ar galutiniu. Atrodo logiška manyti, kad bet kuri konkreti teorija garbingiausią vietą suteiks tik vienai iš šių sąvokų; kurį nors visus pranokstantį tikslą arba kurį nors fundamentalių teisių kompleksą arba kurį nors transcendentinių pareigų kompleksą jis laikys fundamentaliu, o kitus tikslus, teises ir pareigas parodys esant subordinuotas ir išvestines[1].

Todėl galime sudaryti preliminarią pirminę politinių teorijų klasifikaciją – konstruktyviojo modelio įgalinamų giliųjų teorijų, kurio-

[1] Tačiau nebūtinai taip bus „intuicionistinės" teorijos – Rawlso vartojama prasme – atveju. Žr. p. 64.

se tarpine priemone gali būti sutartis. Tokia teorija gali būti grindžiama tikslu *(goal-based)*, ir tokiu atveju tam tikrą tikslą, tokį kaip visuotinės gerovės pakėlimas, ji laikys, fundamentaliu; ji gali būti *grindžiama teisėmis (right-based)*, jeigu fundamentalia laiko kokią nors teisę, tokią kaip visų žmonių teisę į kiek įmanoma didžiausią visuotinę laisvę; arba ji gali būti *pagrįsta pareiga (duty-based)*, jeigu fundamentalia laiko kokią nors pareigą, tokią kaip pareigą paklusti Dievo valiai, kokia ji nustatyta Dešimtyje Dievo įsakymų. Nesunku rasti grynų, arba beveik grynų, kiekvieno iš šių teorijos tipų atvejų pavyzdžių. Utilitarizmas, kaip parodė mano pavyzdys, yra tikslu grindžiama teorija; Kanto kategoriniai imperatyvai sudaro pareiga pagrįstą teoriją; o Tomo Paine'o revoliucijos teorija yra pagrįsta teisėmis.

Tikėtina, jog kiekvieno iš šių tipų teorijoms bus bendros tam tikros labai bendro pobūdžio charakteristikos. Pavyzdžiui, šių tipų skirtumą galima parodyti lyginant jų nuostatą individualaus pasirinkimo ir elgesio atžvilgiu. Tikslais grįstoms teorijoms kiekvieno konkretaus individo gerovė rūpi tik tiek, kiek ji prisideda prie kokios nors būklės, paskelbtos gėriu, visiškai nepriklausomai nuo to, ar ta būklė yra jo paties pasirinkimas. Tai akivaizdžiai taikytina totalitarinėms tikslais pagrįstoms teorijoms, tokioms kaip fašizmas, kurios fundamentaliu laiko politinės organizacijos interesą. Tai pasakytina ir apie įvairias utilitarizmo formas, nes nors jos ir atsižvelgia į galimą politinių sprendimų poveikį atskiriems individams ir šia prasme rūpinasi individualia gerove, tuos poveikius sulieja į bendras sumas ir vidurkius ir šių sumų arba vidurkių pagerinimą laiko pageidautinu visiškai nepriklausomai nuo jokio individo sprendimo, kad tai yra pageidautina. Tai galioja ir perfekcionistinėms teorijoms, tokioms kaip Aristotelio, kurios nustato individams tobulumo *(excellence)* idealą ir politikos tikslu laiko tokio tobulumo kultivavimą.

O teisėmis ir pareigomis pagrįstos teorijos į centrą iškelia individą, ir jo sprendimą arba elgesį laiko fundamentaliai svarbiu. Tačiau šios dviejų tipų teorijos individą pristato skirtingai. Pareigomis pagrįstoms teorijoms rūpi jo veiksmų moralinė kokybė, nes jos mano, kad individas elgiasi neteisingai, be pateisinamos priežasties nepai-

sydamas tam tikrų elgesio standartų. Kantas manė, kad meluoti yra negerai, kad ir kokias naudingas pasekmes lemtų melas, ir taip manė ne dėl to, kad nemelo praktiką manė artinant kokį nors tikslą, o tiesiog dėl to, kad meluoti yra blogai. O teisėmis pagrįstoms teorijoms rūpi individualaus veiksmo nepriklausomybė, o ne deramumas. Jos suponuoja ir gina individualaus mąstymo ir pasirinkimo vertę. Abiejų tipų teorijos naudojasi moralinių normų, elgesio kodeksų, kuriais dera vadovautis individualiais atvejais, nepaisant savanaudiško intereso, idėja. Pareiga pagrįstos teorijos šiuos elgesio kodeksus traktuoja kaip esminius, ar jie būtų individui nustatyti visuomenės, ar individo – sau pačiam. Žmogus, esantis jų centre, yra žmogus, kuris privalo atitikti tokį kodeksą arba, jeigu jis jo neatitinka, būti baudžiamas arba netekti pilietybės. O štai teisėmis pagrįstos teorijos elgesio kodeksus traktuoja instrumentiškai, galbūt kaip reikalingus apsaugoti kitų teisėms, tačiau savaime neturinčius jokios esminės vertės. Žmogus, jų iškeltas į centrą, yra žmogus, kuris turi naudos iš kitų paklusnumo, o ne žmogus, kuris gyvena dorai, liepdamas sau paklusti.

Todėl dera tikėtis, kad skirtingi teorijų tipai bus asocijuojami su skirtingais metafiziniais ar politiniais temperamentais ir kad vienas arba kitas dominuos tam tikrose politinėse sąrangose. Pavyzdžiui, tikslu pagrįstos teorijos atrodo ypač derančios su homogeniškomis visuomenėmis arba tomis, kurios yra bent laikinai suvienytos neatidėliojamo, visa pranokstančio tikslo, tokio kaip savigyna arba ekonominė ekspansija. Taip pat turėtume tikėtis, kad šiuos skirtumus tarp teorijos tipų atspindės bendruomenių, kuriose jos dominuoja, teisinės sistemos. Pavyzdžiui, tikėtina, kad teisininkai skirtingai traktuotų klausimą dėl bausmės už moralinius nusižengimus baudžiamojoje teisėje priklausomai nuo to, kuo pagrįsta jų pradinė *(inchoate)* teisingumo teorija: tikslais, teisėmis ar pareigomis. Jeigu teisininko teorija būtų pagrįsta tikslais, jis atsižvelgtų į visas moralės įgyvendinimo pasekmes jo visa pranokstančiam tikslui. Pavyzdžiui, jeigu šis tikslas būtų utilitarinis, jis pasitelktų, – nors galiausiai galėtų atmesti, – lordo Devlino argumentus, jog antriniai nemoralumo bau-

dimo efektai gali būti naudingi[1]. Tačiau jeigu jo teorija būtų pagrįsta pareigomis, jam atrodytų tinkamas argumentas – paprastai vadinamas atpildo argumentu *(retributive)* – jog kadangi nemoralumas yra blogis, valstybė turi jį bausti, net jeigu jis niekam nekenkia. Tačiau jeigu ta teorija būtų pagrįsta teisėmis, jis atmestų atpildo argumentą ir dėl utilitarinio argumento spręstų turėdamas omenyje savo nuostatą, jog individualioms teisėms privalu tarnauti tam tikru mastu net ir aukojant visuotinę gerovę.

Visa tai, žinoma, yra paviršutiniška ir trivialu kaip ideologinė sociologija. Tenorėjau pasakyti, kad šie politinės teorijos charakterio skirtumai yra svarbūs visiškai nepriklausomai nuo pozicijos, kuri gali skirti vieną teoriją nuo kitos to paties pobūdžio teorijos, detalių. Būtent dėl šios priežasties socialinė sutartis yra toks svarbus Rawlso metodologijos aspektas. Jis signalizuoja, kad jo gilioji teorija yra teisėmis pagrįsta teorija, o ne kurio nors iš kitų dviejų tipų teorija.

Socialinė sutartis kiekvienai potencialiai šaliai suteikia veto teisę: kol ji nesutinka, nesudaroma jokia sutartis. Šio veto svarbos ir net egzistavimo neparodo ta specifiška sutarties interpretacija, kurią teikia pradinės pozicijos tezė. Kadangi nė vienas iš dalyvių apie save nežino nieko, kas jį darytų skirtingą nuo kurio nors kito, jis negali racionaliai siekti kokio nors intereso, kuris yra skirtingas. Tokiomis aplinkybėmis niekas nepriklauso nuo to, kad kiekvienas žmogus turi veto teisę, ar netgi nuo to, kad pirmiausia esama daugiau negu vienos potencialios sutarties šalies. Tačiau pradinė pozicija tėra tik viena sutarties interpretacija, ir bet kokioje kitoje interpretacijoje, kurioje šalys ką nors žino ir dėl to gali atskirti savo situaciją ar ambicijas nuo kitų situacijos ar ambicijų, kiekvienai šaliai sutarties teikiamas veto įgyja lemiamą svarbą. Žinoma, veto galia, kurią turi kiekvienas individas, priklauso nuo to, ką jis žino, t. y. nuo konkrečios sutarties interpretacijos, kurią mes galiausiai pasirenkame. Tačiau tai, kad individai apskritai turi turėti kokį nors veto, jau savaime yra verta dėmesio.

---

[1] Žr. 10-ą skyrių.

To negali leisti, pavyzdžiui, vien tikslais pagrįsta teorija. Nenoriu pasakyti, kad socialinės sutarties šalys negali susitarti dėl tam tikro socialinio tikslo ir nuo tol paversti tą tikslą politinių sprendimų teisingumo testu. Galvoje turiu tai, jog pirmiausia jokia tikslais pagrįsta teorija negalėtų sutarties paversti įrankiu, tinkamu spręsti dėl teisingumo principo; kitaip tariant, gilioji teorija, kurią mėginame apčiuopti, pati negali būti pagrįsta tikslais.

Taip yra dėl labai paprastos priežasties. Tarkime, koks nors konkretus visa pranokstantis tikslas, toks kaip tikslas kelti vidutinę bendruomenės gerovę arba stiprinti valstybės galią ir autoritetą, arba sukurti utopiją, atitinkančią tam tikrą gėrio sampratą, politinėje teorijoje laikomas fundamentaliu. Jeigu koks nors tikslas yra fundamentalus, tai jis įgalioja tokį išteklių, teisių, naudos ir atsakomybės naštos bendruomenėje paskirstymą, kuris geriausiai skatina progresą to tikslo link ir smerkia bet kokį kitokį. Tačiau sutartis kaip instrumentas, t. y. tezė, kiekvienam individui numatanti veto teisę kolektyvinio sprendimo atžvilgiu ir tvirtinanti, kad kiekvienas individas vadovausis savo interesu, taiko visiškai kitokį testą optimaliam paskirstymui nustatyti. Ji sumanyta užtikrinti tokį paskirstymą, kurį kiekvienas individas, disponuojantis tokiu žinojimu, kurį specifikuoja sutarties interpretacija, laiko sau pačiu tinkamiausiu ar bent jau priartėti prie tokio paskirstymo tiek, kiek, jo manymu, jis gali tikėtis priartėti. Taigi sutartis teikia visiškai kitokį optimalaus paskirstymo testą negu diktuotų tiesioginis fundamentalaus tikslo įgyvendinimas. Nėra pagrindo manyti, kad individualių veto sistema produkuos gerą problemos sprendimą, kuriame paskirstymo teisingumas, suvokiamas nepriklausomai nuo to, kaip paskirstymas prisideda prie bendro tikslo, neturi jokios reikšmės.

Žinoma, sutartis galėtų duoti rezultatą, kurį diktuoja koks nors fundamentalus tikslas. Kai kurie kritikai iš tikrųjų mano, kad žmonės pradinėje pozicijoje, – kuri yra didžiausia Rawlso favoritė iš sutarties interpretacijų, – pasirinktų teisingumo teoriją, pagrįstą vidutinės naudos principais, t. y. kaip tik tuos principus, kuriuos pateiktų gilioji teorija, vidutinę naudą skelbianti fundamentaliu

tikslu[1]. Tačiau jeigu taip yra, tai arba dėl atsitiktinio sutapimo, arba dėl to, kad ta sutarties interpretacija buvo pasirinkta siekiant tokio rezultato; kiekvienu iš šių atvejų sutartis yra nebūtina, nes galutinis rezultatas yra determinuojamas fundamentalaus tikslo ir sutarties instrumentas nieko neprideda.

Yra galimas vienas kontrargumentas. Tarkime, paaiškėja, kad iš tikrųjų fundamentaliam tikslui bus tarnaujama tik jeigu valstybė valdoma pagal principus, kuriuos visi žmonės supranta kaip kuria nors prasme atitinkančius jų interesus. Pavyzdžiui, jeigu fundamentalus tikslas yra valstybės galios ugdymas, tai šis tikslas gali būti pasiekiamas tik jeigu gyventojai nesupranta, kad valdžia veikia dėl šio tikslo, o mano, kad ji veikia pagal principus, kurie, kaip parodyta sutarties instrumentu, atitinka jų individualius interesus; tik jeigu jie tuo tiki, jie dirbs dėl valstybės intereso. Mes negalime ignoruoti šio aplinkinio, nors ir mažai tikėtino, argumento, bet jis neremia Rawlso siūlomo sutarties panaudojimo. Šis argumentas priklauso nuo apgaulės *(deception)* sąvokos, kaip garsusis Sidgewicko argumentas, jog utilitarizmui geriausiai pasitarnauti galima užtikrinus, kad visuomenė nieko nežinotų apie tą teoriją[2]. Teorija, kuri numato tokią apgaulę, neatitinka konstruktyviojo modelio, kurio laikomės, kriterijų, nes tas modelis mums kelia tikslą išplėtoti teoriją, kuri vienija mūsų įsitikinimus ir gali būti programa viešam veikimui; viešumas yra tiek pat privalomas mūsų giliojoje teorijoje, kaip ir teisingumo sampratoje, kurią Rawlsas pagal ją plėtoja.

Taigi tikslais pagrįsta gilioji teorija negali paremti sutarties, nebent kaip nereikalingą ir tik painiavą keliantį priedėlį. Dėl labai panašių priežasčių to negali ir pareiga pagrįsta gilioji teorija. Teorija, kuri kokią nors pareigą ar pareigas laiko fundamentaliomis, neteikia jokio pagrindo manyti, kad teisingos yra tos institucijos, kurios suprantamos kaip atitinkančios kiekvieno savanaudišką interesą pagal kokią nors deskripciją. Kartoju: aš neneigiu, kad sutarties šalys gali nuspręsti nustatyti sau ir

[1] Stiprią šio argumento versiją Oksfordo seminare 1972 metų rudenį pateikė Johnas Mackie'is.

[2] H. Sidgwick, *The Methods of Ethics* 489 ir toliau. (7th ed. 1907).

savo įpėdiniams tam tikras pareigas, lygiai kaip jos gali nuspręsti nu sistatyti tam tikrus tikslus, realizuodamos savo galią spręsti dėl savo savanaudiško intereso. Pareigas, kurias jie nustatytų sau, Rawlsas aprašo savo mėgstamiausioje interpretacijoje, pradinės pozicijos koncepcijoje, ir pavadina jas natūraliomis pareigomis[1]. Tačiau tai visai kas kita nei manyti, kad gilioji teorija, kuri tą sprendimą paverčia lemiančiu tų pareigų turinį, pati gali būti pagrįsta pareigomis.

Žinoma, įmanoma argumentuoti, kaip darė daugelis filosofų, kad savanaudiškas žmogaus interesas yra vykdyti savo pareigą, diktuojamą moralinio įstatymo, nes antraip jį nubaus Dievas, arba todėl, kad natūralios tvarkos jam skirto vaidmens atlikimas jam yra didžiausią pasitenkinimą teikianti veikla, arba, kaip manė Kantas, dėl to, kad jis laisvas gali būti tik vadovaudamasis normomis, kurių jis gali nuosekliai norėti kaip universalių. Tačiau tai reiškia, jog žmogaus pareigos apibrėžia jo savanaudišką interesą, o ne atvirkščiai. Tai yra argumentas ne už konkrečių žmogaus pareigų sprendimo, numatančio jo atodairą į savo interesus, naudai, bet už tai, kad jis atmestų bet kokius savanaudiško intereso apskaičiavimus, išskyrus pareigos. Todėl jis negali paremti rolsiškosios sutarties vaidmens pareiga pagrįstoje giliojoje teorijoje.

Iš tiesų, jeigu sutartis būtų pareiga pagrįstos giliosios teorijos atributas, galėtų būti pasirinkta sutarties interpretacija, kuri išspręstų tariamą konfliktą tarp savanaudiško intereso ir pareigos. Pavyzdžiui, sutarties situacijos bruožas galėtų būti tas, kad visos šalys pritaria ką tik minėtai idėjai, jog jų savanaudiškas interesas – išsiaiškinti ir vykdyti savo pareigą. Ši sutartis sąlygotų principus, kurie teisingai nusakytų šalių pareigas, bent jau tuo atveju, jeigu priduriame prielaidą, jog jie yra kuria nors prasme naudingi nustatant jų pareigas. Tačiau tuomet ir vėl sutartį padarome nereikalingą, tarsi būtume kopę į kalvą vien tam, kad nuo jos nusileistume. Verčiau jau būtume teisingumo principus paprasčiausiai išvedę iš pareigų, kurias gilioji teorija laiko fundamentaliomis.

[1] 19 skyrius.

Tačiau sutartis yra prasminga teisėmis pagrįstoje giliojoje teorijoje. Išties ji atrodo natūralus tokios teorijos išplėtojimas. Pamatinė teisėmis pagrįstos teorijos idėja yra ta, kad skirtingi individai turi interesų, kuriuos jie turi teisę ginti, jeigu to nori. Plėtojant tokią teoriją, atrodo natūralu pamėginti identifikuoti institucijas, kurias individas vetuotų, praktikuodamas bet kurias iš tų teisių, kurios laikomos fundamentaliomis. Sutartis yra puikus instrumentas šiam tikslui mažiausiai dėl dviejų priežasčių. Pirma, ji mums leidžia atskirti veto apeliuojant į šias teises ir veto kokio nors intereso, kuris nėra toks saugomas, labui – tai perskyra, kurią galime padaryti pasirinkdami sutarties interpretaciją, atspindinčią mūsų supratimą apie tai, kokios yra tos teisės. Antra, ji įgyvendina konstruktyviojo argumentacijos modelio reikalavimus. Sutarties šalys susiduria su realia problema; iš įmanomų alternatyvų jos turi sukurti konstituciją, o ne atidėti sprendimą vėlesnės moralinės įžvalgos dienai, taip pat jos turi sukurti programą, kuri yra ir praktiška, ir vieša mano išaiškintąja prasme.

Tad atrodo teisinga manyti, kad pradinės pozicijos presuponuojama gilioji teorija turi būti kokia nors teisėmis pagrįsta teorija. Esama ir kito būdo nusakyti šią mintį – jo iki šiol vengiau. Ta teorija turi būti pagrįsta teisių, kurios yra natūralios, sąvoka – ta prasme, kad jos nėra kokios nors teisėkūros praktikos ar susitarimo, ar hipotetinės sutarties produktas. Šios frazės vengiau, nes daugeliui žmonių ji kelia diskvalifikuojančių metafizinių asociacijų. Jie mano, esą natūralios teisės būtinai yra vaiduokliški atributai, primityvių žmonių nešiojami kaip amuletai, kuriuos jie atsigabeno į civilizaciją norėdami apsisaugoti nuo tironijos. Pavyzdžiui, Aukščiausiojo teismo teisėjas Blackas manė, kad norint paneigti nepatinkančią teisės filosofiją, pakanka tiesiog nurodyti, kad ji atrodo besiremianti tokia beprasmiška samprata[1].

Tačiau bent jau konstruktyviajame modelyje natūralių teisių prielaida nėra metafiziškai ambicinga. Ji reikalauja ne daugiau nei hipotezės, kad geriausia politinė programa, kaip suprantamas tas modelis yra ta, kuri tam tikrų individualių pasirinkimų gynimą laiko fun-

[1] *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 507 (1964) (atskiroji nuomonė).

damentaliu ir iš tikrųjų nesubordinuotu kokiam nors tikslui ar pareigai arba jų deriniui. Tai nereikalauja jokios ontologijos, įtartinesnės arba labiau kontroversiškos negu renkantis priešingas bet kurias fundamentalias sąvokas, ir, konkrečiai, ne daugiau negu reikalautų fundamentalaus tikslo hipotezė, kuria grindžiamos įvairios populiarios utilitarinės teorijos. Taip pat nieko nuostabaus, kad gilioji Rawlso teorija šias teises paverčia natūraliomis, o ne juridinėmis ar konvencinėmis. Aišku, jog bet kokia teisėmis grįsta teorija turi tarti egzistuojant teises, kurios yra ne tiesiog valingos teisėkūros praktikos *(deliberate legislation)* ar eksplicitiško socialinio papročio produktas, o nepriklausomas pagrindas vertinti teisėkūros praktiką ir paprotį. Konstruktyviajame modelyje prielaida, jog teisės šia prasme yra natūralios, – tai tiesiog viena prielaida, kurią reikia daryti ir patikrinti jos galios suvienyti ir paaiškinti mūsų politinius įsitikinimus požiūriu, vienas pamatinis programinis sprendimas, kurį būtina patikrinti šiuo nuoseklumo ir patirties testu.

C. Pradinė pozicija

Aš sakiau, kad socialinė sutartis, taip, kaip ją naudoja Rawlsas, suponuoja giliąją teoriją, kuri remiasi natūralių teisių prielaida. Dabar norėčiau išsamiau aprašyti, kaip tą prielaidą taiko sutartis. Ji kapitalizuoja anksčiau minėtą idėją, jog kai kuriuos politinius potvarkius galima sakyti atitinkant kiekvieno individo antecedentinį interesą, net jei jie galiausiai pasirodo neatitinką jo tikrojo intereso.

Kiekvienas, kurio sutikimas sutarčiai yra būtinas, turi veto teisę tos sutarties sąlygų atžvilgiu, tačiau to veto vertę jam apibrėžia tai, kad jo vertinimas turi būti antecedentinio, o ne tikrojo savanaudiško intereso vertinimas. Jis turi įsipareigoti, taigi ir atsisakyti savo veto teisės tada, kai jo žinojimo užtenka tik įvertinti jo geriausiems šansams, o ne būti tikram dėl savo pasirinkimo. Taigi sutarties situacija viena prasme yra struktūriškai tapati situacijai, kurioje individas, turintis specifiškesnių politinių teisių, susiduria su būtinybe daryti politinius sprendimus, galinčius pabloginti jo padėtį. Jis turi ribotą politinę teisę šiuos sprendimus vetuoti, o šį veto riboja jo turimų teisių

galios dydis. Sutartį galima panaudoti kaip politinės situacijos modelį, šalių nežinojimo, sudarant sutartį, laipsnį ir pobūdį apibrėžiant taip, kad šis nežinojimas turėtų tokią pačią galią jo sprendimui, kokią politinėje situacijoje turi ribotas jo teisių pobūdis.

Šis nežinojimas, atitinkantis ribotą politinių teisių pobūdį, veiksmingiausiai formuojamas tiesiog susiaurinant individualius tikslus, kurių sutarties šalys nori – ir žino, kad nori, – siekti. Pavyzdžiui, jeigu tariame, kad gilioji Hobbeso teorija teigia žmones turint fundamentinę natūralią teisę į gyvybę ir todėl neteisinga atimti iš jų gyvybę, net apeliuojant į šiaip gerus tikslus, turėtume tikėtis tokios sutarties situacijos, kokią jis aprašo. Hobbeso vyrai ir moterys, anot Rawlso frazės, žodžiais gyvybės saugumą iškelia virš visų kitų individualių tikslų; ta pati situacija būtų sukurta ir tuomet, jei jie nieko nežinotų apie jokius kitus galimus savo tikslus ir negalėtų spekuliuoti tikėtinumu, esą jie turi kokį nors konkretų tikslą arba jų sistemą.

Tad šalių nežinojimas pradinėje pozicijoje gali būti suprantamas kaip tam tikras ribinis nežinojimo atvejis, kurį galima aptikti iškreipto ar ekscentriško interesų hierarchizavimo forma klasikinėse sutarties teorijose ir kuris yra natūralus sutarties atveju. Pradinė pozicija yra ribinis atvejis, nes Rawlso žmonės ne tiesiog nežino savo interesų, išskyrus kelis pasirinktus; jie nežino visų savo interesų. Būtų klaidinga manyti, kad dėl to jie yra nepajėgūs priimti bet kokius sprendimus dėl savo savanaudiško intereso. Tačiau jų daromi sprendimai vis dėlto turi būti labai abstraktūs; jie turi numatyti bet kokią interesų kombinaciją, be jokios parankios prielaidos, kad kai kurie iš jų yra tikėtinesni už kitus.

Taigi pamatinė giliosios Rawlso teorijos teisė *(right)* negali būti teisė į kokį nors konkretų individualų tikslą, kaip teisė į gyvybę arba teisė gyventi gyvenimą vadovaujantis tam tikra gėrio samprata. Tokias teises į individualius tikslus gali pateikti gilioji teorija, kaip teises, kurias žmonės pradinėje pozicijoje nustatytų kaip atitinkančias svarbiausius jų interesus. Tačiau pati pradinė pozicija negali būti pateisinta remiantis tokios teisės egzistavimo prielaida, nes sutarties šalys nežino, kad jos turi kokį nors tokį interesą, arba žodžiais neiškelia jo virš kitų.

Taigi bazinė Rawlso giliosios teorijos teisė turi būti abstrakti teisė, t. y. ne teisė į kokį nors konkretų individualų tikslą. Iš pažįstamų politinės teorijos sąvokų yra dvi kandidatės į šį vaidmenį. Pirmoji – tai teisė į laisvę, ir daugeliui skaitytojų gali pasirodyti, kad yra ir įtikinama, ir patogu tarti, jog visa Rawlso struktūra yra pagrįsta fundamentinės natūralios teisės į laisvę prielaida – įtikinama, nes du principai, kurie sudaro jo teisingumo teoriją, teikia laisvei svarbią ir dominuojančią vietą, ir patogu, nes argumentas, kuriuo stengiamasi pateisinti tą vietą, atrodo neįprastai neišbaigtas[1].

Nepaisant to, teisė į laisvę negali būti laikoma fundamentine teise giliojoje Rawlso teorijoje. Tarkime, kad bendrąją laisvę apibrėžiame kaip valdžios arba kitų žmonių nustatytus bendruosius galimai minimaliausius suvaržymus, ir nustatančius, ką žmogus galėtų norėti daryti[2]. Tada turime atskirti šią bendrąją laisvę nuo konkrečių laisvių, t. y. laisvę nuo tokių suvaržymų konkretiems veiksmams, suvaržymų, laikomų specialia prasme svarbiais, kaip kad dalyvavimas politikoje. Šalys pradinėje pozicijoje tikrai turi, ir žino, kad turi, bendrosios laisvės interesą, nes bendroji laisvė daugelio skaitytojų akyse padidins, *pro tanto,* jų galią pasiekti bet kokius konkrečius tikslus, kuriuos jie vėliau atskleidžia turį. Šis patikslinimas yra svarbus, nes jie niekaip negali sužinoti, kad bendroji laisvė apskritai imant iš tikrųjų padidins tą galią, ir turi rimtą pagrindą įtarti, kad nepadidins. Jie žino, kad jie gali turėti kitų interesų, anapus bendrosios laisvės, kuriuos gali apginti tik politiniai suvaržymai, nustatomi kitų veiksmams.

Taigi jeigu Rawlso žmones reikia tarti turint kokią nors teisę į laisvę, kuriai realizuoti yra sumodeliuota sutarties situacija, tai turi būti ir teisė į konkrečias laisves. Rawlsas išvardija pagrindinių laisvių sąrašą, ir būtent jas jo žmonės pasirenka saugoti savo žodžiais įtvirtintu pirmuoju teisingumo principu[3]. Tačiau Rawlsas šį principą akivaizdžiai pateikia kaip sutarties produktą, o ne kaip jo sąlygą. Jis teigia, kad pradinės pozicijos šalys šias pagrindines laisves pasirinktų

---

[1] Žr. Hart, „Rawls on Liberty and Its Priority", 40 *U. Chi. L. Rev.* 534 (1973).

[2] Plg. Rawlso laisvės apibrėžimą p. 202.

[3] p. 99.

siekdamos apsaugoti pagrindinius gėrius, kuriuos jie nusprendžia laikyti vertingais, tokius kaip savigarba, o ne laikytų šias laisves tikslais savaime. Žinoma, veiklas, apsaugotas kaip pagrindinės laisvės, jie iš tiesų galėtų laikyti vertingomis dėl jų pačių, o ne priemonėmis kokiam kitam tikslui ar interesui siekti. Tačiau jie tikrai nežino, kad jie taip daro.

Antroji įprasta politinės teorijos sąvoka yra dar abstraktesnė negu laisvė. Tai lygybė, ir viena prasme Rawlso vyrai ir moterys negali pasirinkti nieko kita tik jos apsaugą. Nežinojimo būklė pradinėje pozicijoje yra sumodeliuota taip, kad kiekvieno pamatinis interesas turi būti, kaip sakiau, pats sprendimas. Kiekvieno žmogaus teisę būti traktuojamam vienodai, be atodairos į jo asmenį arba charakterį, arba polinkius, įgyvendina tai, jog daugiau niekas kitas negali užsitikrinti geresnės pozicijos dėl to, kad jis yra skirtingas bet kuriuo iš šių aspektų. Kitose sutarties situacijose, kai nežinojimas yra ne toks absoliutus, individai, turintys tą patį tikslą, vis tiek gali turėti skirtingų pamatinių interesų. Pavyzdžiui, net jeigu du žmonės gyvenimą vertina labiau už visa kita, silpnesniojo pamatinis interesas gali reikalauti valstybės monopolio galios srityje, o ne kokio nors privataus kerštо numatymo, tačiau stipresniojo pamatinis interesas nebūtinai to reikalauja. Net jeigu du žmonės labiau už visa kita vertina dalyvavimą politikoje, žinojimas, kad yra tikėtina, jog vieno pažiūros bus ne tokios ortodoksalios arba nepopuliaresnės palyginti su kito, reikš, kad jo pamatinis interesas reikalauja kitokių potvarkių. Pradinėje pozicijoje taip atskirti pamatinių interesų yra neįmanoma.

Dviem atžvilgiais teisingumo principus, kuriuos, Rawlso manymu, vyrai ir moterys pasirinktų pradinėje pozicijoje, iš tiesų galima laikyti neatitinkančius egalitarinio idealo. Pirma, lygybę materialių išteklių srityje jie subordinuoja, – kai tai to reikia, – politinės veiklos laisvei, pirmojo principo reikalavimus paversdama viršesniais už antrojo principo reikalavimus. Antra, jie neatsižvelgia į reliatyvių teisių netekimą, nes pateisina bet kokią nelygybę, kai tiems, kuriems yra blogiau, yra geriau negu jiems būtų, absoliučiais terminais, be tos nelygybės.

Rawlsas aiškiai nurodo, kad šių nelygybių *(inequalities)* reikalauja ne kokia nors konkuruojanti laisvės sąvoka arba koks nors visa pranokstantis tikslas, o fundamentalesnė pačios lygybės prasmė. Jis akceptuoja perskyrą tarp dviejų sampratų, kurias vadina dviejomis lygybės sampratomis:

> Kai kurie autoriai daro perskyrą tarp lygybės, į kurią apeliuojama dėl tam tikrų gėrių distribucijos, iš kurių kai kurie beveik neabejotinai teiks aukštesnį statusą ar prestižą tiems, kurie yra labiau privilegijuoti, ir lygybės, galiojančios pagarbai, kurios asmenys nusipelno nepriklausomai nuo jų socialinės pozicijos. Pirmos rūšies lygybę apibrėžia antrojo teisingumo principas [...]. Tačiau antros rūšies lygybė yra fundamentali[1].

Teisę į antrosios rūšies lygybę, kuri, pasak Rawlso, yra fundamentali, galime aprašyti taip. Galime sakyti, kad individai turi teisę į vienodą juos valdančių politinių institucijų rūpestį ir pagarbą šių institucijų konstitucijos ir administravimo procese. Tai labai abstrakti teisė. Kas nors galėtų, pavyzdžiui, tvirtinti, kad šią teisę tenkina politiniai susitarimai, kurie teikia vienodą galimybę užimti pareigas ir padėtį nuopelno pagrindu. Kas nors kitas galėtų teigti priešingai, kad ją tenkina tik sistema, garantuojanti absoliučią pajamų ir statuso lygybę neatsižvelgiant į nuopelną. Dar kitas galėtų sakyti, jog vienodą rūpestį ir pagarbą teikia ta sistema, – kad ir kokia ji būtų, – kuri ugdo visų piliečių vidutinę gerovę, skaičiuodama kiekvieno gerovę pagal tą pačią skalę. Ketvirtas, apeliuodamas į šią fundamentalią lygybę, galėtų pasisakyti už laisvės pirmenybę ir už kitas akivaizdžias Rawlso dviejų principų nelygybes.

Taigi teisė į vienodą rūpestį ir pagarbą yra abstraktesnė už standartines lygybės sampratas, kurios skiria įvairias politines teorijas. Ji leidžia teigti, jog ši fundamentalesnė teisė reikalauja vienos ar kitos iš tų sampratų kaip išvestinės teisės *(right)* ar tikslo.

---

[1] p. 511.

Pradinę poziciją dabar galima suprasti kaip priemonę šiems konkuruojantiems argumentams testuoti. Ji pagrįstai suponuoja, jog politiniai susitarimai, nepraktikuojantys vienodo rūpesčio ir pagarbos, yra tokie, kuriuos įtvirtina ir administruoja disponuojančių vyrų ir moterų galia, kurie ir kurios, pripažįsta jie tai ar ne, daugiau rūpesčio ir pagarbos teikia tam tikros klasės nariams arba žmonėms su tam tikrais gabumais ar idealais negu kitiems. Ji remiasi šia prielaida modeliuodama sutarties šalių nežinojimą. Žmonės, kurie nežino, kokiai klasei jie priklauso, negali sąmoningai ar nesąmoningai sumodeliuoti institucijų taip, kad privilegijuotų savo pačių klasę. Žmonės, neturintys jokios nuovokos apie savo pačių gėrio sampratą, negali veikti taip, kad tuos, kurie laikosi vienokio idealo, privilegijuotų atžvilgiu tų, kurie laikosi kitokio idealo. Pradinė pozicija yra gerai sumodeliuota įgyvendinti abstrakčiai teisei į vienodą rūpestį ir pagarbą, teisei, kurią reikia laikyti fundamentalia giliosios Rawlso teorijos sąvoka.

Jeigu tai tiesa, tai Rawlsas pradinę poziciją turi naudoti argumentacijai šios teisės naudai ne tuo pačiu būdu, kokiu jis ją naudoja, pavyzdžiui, argumentuodamas teisių į pamatines laisves, įtvirtintas pirmajame principe, naudai. Tekstas patvirtina, kad jis tuo pačiu būdu jos nenaudoja. Tiesa, jis vienoje vietoje sako, kad pagarbos lygybę „apibrėžia" pirmasis teisingumo principas[1]. Tačiau jis neturi galvoje ir bet kuriuo atveju netvirtina, jog šalys renkasi būti vienodai gerbiamos, kad realizuotų kokią nors fundamentalesnę teisę ar tikslą. Priešingai: teisė į vienodą pagarbą, anot jo aiškinimo, nėra sutarties produktas, o patekimo į pradinę poziciją sąlyga. Ši teisė, – sako jis, – yra „kildintina iš žmogiškųjų būtybių kaip moralių asmenų" ir randasi iš moralinio asmenybiškumo *(personality)*, kuris skiria žmones nuo gyvūnų. Ją turi visi žmonės, kurie gali teikti teisingumą, ir tik tokie žmonės gali sudaryti sutartį[2]. Todėl ši teisė yra vienintelė teisė, kuri kyla ne iš sutarties, o yra suponuojama, kaip ir turi būti fundamentalios teisės atveju, sutartį modeliuojant.

[1] *Id.*

[2] 77 skyrius.

Rawlsas puikiai supranta, kad jo argumentas lygybės naudai yra kito lygmens argumentas negu jo argumentas kitų teisių naudai jo teorijoje:

> Žinoma, visa tai nėra paraidžiui išdėstyta. Aš neišdėsčiau prielaidų, iš kurių ši išvada išplaukia, kaip mėginau daryti, kad ir nelabai griežtai, teisingumo sampratų pasirinkimo pradinėje pozicijoje atveju. Taipogi nemėginau įrodyti, kad šalių apibūdinimas turi būti naudojamas kaip lygybės pamatas. Veikiau ši interpretacija atrodo esanti natūralus teisės kaip teisingumo *(justice as fairness)* išbaigimas[1].

Kitaip tariant, tai yra teorijos kaip visumos „natūralus užbaigimas". Jis užbaigia teoriją, teikdamas fundamentalią prielaidą, kuri įprasmina pradinę poziciją, ir paverčia ją „intuityvia sąvoka" teisingumo teorijoms plėtoti ir tikrinti.

Taigi galime sakyti, jog teisiškumas kaip teisingumas yra pagrįstas natūralios visų vyrų ir moterų teisės į lygybę, rūpestį ir pagarbą prielaida, teisės, kurią jie turi ne dėl gimimo ar savybių, ar nuopelno, ar išsilavinimo, o tiesiog kaip žmonės, gebantys kurti planus ir teikti teisingumą. Daugelis skaitytojų šia išvada nenustebinti, ir ji yra, kaip sakiau, aiški iš paties teksto. Vis dėlto tai svarbi išvada, nes kai kurios šios teorijos kritikos formos, jau virtusios standartinėmis, ją ignoruoja. Aš pabaigsiu šią ilgą esė vienu pavyzdžiu.

Vieną kritikos formą patyriau iš daugelio kolegų ir studentų, ypač teisininkų. Jie nurodo, jog konkrečios politinės institucijos ir politiniai susitarimai, kuriuos, anot Rawlso, žmonės pasirinktų pradinėje pozicijoje, yra tiesiog idealizuotos formos tų, kurios dabar veikia Jungtinėse Valstijose. Kitaip tariant, tai yra liberalios konstitucinės demokratijos institucijos. Todėl kritikai daro išvadą, jog fundamentalios Rawlso teorijos prielaidos turi būti klasikinio liberalizmo prielaidos, kad ir kaip jie šias apibrėžia, ir kad pradinė pozicija, kuri

[1] p. 509.

atrodo teikianti gyvybę šiai teorijai, turi kažin kokiu būdu tas prielaidas įkūnyti. Todėl teisiškumas kaip teisingumas visa savo apimtimi jiems atrodo ypatingai subtili politinio *status quo* racionalizacija, kurios niekuo nerizikuodami gali nepaisyti tie, kurie nori pasiūlyti radikalesnę liberaliosios tradicijos kritiką.

Jeigu aš teisus, šis požiūris yra paikas, o tie, kurie jo laikosi, praleidžia retą progą savo pačių politines pažiūras išmėginti kokia nors filosofinės pertikros forma. Pati fundamentaliausia Rawlso prielaida yra ne ta, kad žmonės turi teisę į tam tikras laisves, kurias Locke'as arba Millis manė esant svarbias, o ta, kad jie turi teisę į vienodą pagarbą ir rūpestį kuriant politines institucijas. Ši prielaida gali būti kvestionuojama daugeliu būdų. Ją neigs tie, kurie mano, kad koks nors tikslas, toks kaip nauda arba klasės triumfas arba kokios nors sampratos apie tai, kaip žmonės turėtų gyventi, suklestėjimas yra fundamentalesnis negu bet kuri individuali teisė, įskaitant teisę į lygybę. Tačiau jos negalima paneigti apeliuojant į kokią nors radikalesnę lygybės sampratą, nes tokia samprata neegzistuoja.

Rawlsas iš tikrųjų tvirtina, kad ši fundamentali teisė į lygybę reikalauja liberalios konstitucijos ir remia idealizuotą dabartinių ekonominių ir socialinių struktūrų formą. Pavyzdžiui, jis sako, kad žmonės pradinėje pozicijoje gintų pamatines laisves, vadovaudamiesi savo teisės į lygybę interesu, kai tam tikras materialaus komforto lygis yra pasiektas, nes suprastų, jog pavojus savigarbai, kurią saugo pamatinės laisvės, tuomet yra pats rimčiausias pavojus vienodai pagarbai. Jis taip pat sako, kad šie žmonės akceptuotų antrąjį principą, teikdami jam pirmenybę materialios lygybės atžvilgiu, nes suprastų, kad auka iš pavydo kitam yra priklausomumo nuo jo forma. Žinoma, šie argumentai gali būti neteisingi. Aš, aišku, čia nepasakiau nieko jiems apginti. Tačiau liberalizmo kritikams dabar tenka atsakomybė įrodyti, kad jie yra klaidingi. Jie negali sakyti, kad Rawlso pamatinės prielaidos ir nuostatos yra pernelyg svetimos jų pačių prielaidoms, kad būtų įmanoma priešprieša.

7. Rimtas požiūris į teises

1. PILIEČIŲ TEISĖS

Politiniuose debatuose Jungtinėse Valstijose dabar vyrauja teisių retorika. Ar vyriausybė gerbia moralines ir politines piliečių teises? Arba: ar vyriausybės užsienio politika arba jos rasinė politika neprieštarauja šioms teisėms? Ar mažumos, kurių teisės yra pažeistos, turi teisę savo ruožtu pažeisti teisę? Arba: ar tylioji dauguma pati turi teisių, įskaitant teisę nubausti tuos, kurie ją pažeidžia? Nenuostabu, kad šie klausimai dabar yra aktualūs. Teisių sąvoka, konkrečiai – teisių valdžios atžvilgiu sąvoka, geriausiai atskleidžiama, kai politinė bendruomenė yra suskilusi, o kooperacijos ar bendro tikslo siekimas nepasiteisina.

Šie debatai neapima klausimo, ar piliečiai turi kokių nors moralinių teisių savo valdžios atžvilgiu. Atrodo, jog abi pusės pripažįsta, kad turi. Tradicinių pažiūrų teisininkai ir politikai didžiuojasi tuo, jog mūsų teisinė sistema pripažįsta, pavyzdžiui, tokias individualias teises kaip žodžio laisvė, lygybė ir tinkamas procesas. Šiuo faktu jie grindžia – bent iš dalies – savo teiginį, jog mūsų teisė yra verta pagarbos ir nusipelno didesnio lojalumo negu totalitarinės sistemos.

Žinoma, kai kurie filosofai atmeta idėją, jog piliečiai turi ne tik tas teises, kurias jiems suteikia teisė. Benthamas manė, kad moralinių teisių idėja yra „nesąmonė su kojūkais“. Tačiau ši nuomonė niekuomet nebuvo mūsų ortodoksaliosios politinės teorijos dalis, ir abiejų nuomonių šalininkai remiasi žmogaus teisėmis pateisindami savo veiksmus. Šioje esė man nerūpės apginti tezę, kad piliečiai turi moralinių teisių savo vyriausybės atžvilgiu; veikiau aš noriu ištirti tos tezės įtaką tiems – įskaitant dabartinę Jungtinių Valstijų vyriausybę, – kurie sako ją pripažįstą.

Žinoma, intensyviai diskutuojama dėl to, kokių konkrečių teisių turi piliečiai. Pavyzdžiui, ar pripažįstama žodžio laisvės teisė apima teisę dalyvauti žalą visuomenei darančiose demonstracijose? Realiai paskutinį žodį dėl to, kokios yra individo teisės, tars valdžia, nes jos policija darys viską, ką pasakys jos pareigūnai ir teismai. Tačiau tai nereiškia, kad valdžios požiūris būtinai yra teisingas požiūris; kas tam pritaria, turi pripažinti, jog vyrai ir moterys turi tik tokias moralines teises, kurias nusprendžia suteikti valdžia, o tai reiškia, kad jie neturi apskritai jokių moralinių teisių.

Visa tai kartais atrodo ne taip aišku Jungtinių Valstijų atveju dėl jų konstitucinės sistemos. Amerikos konstitucija nustato individualių *juridinių* teisių kompleksą Pirmojoje pataisoje bei Tinkamo proceso, Lygios apsaugos ir panašiose nuostatose. Pagal galiojančią teisinę praktiką Aukščiausiasis teismas turi galią Kongreso ar įstatymų leidėjo aktą paskelbti niekiniu, jeigu teismas mano, kad aktas pažeidžia šias nuostatas. Ši praktika paskatino kai kuriuos komentarų autorius manyti, jog ši sistema visiškai apsaugo individualias moralines teises, tačiau vargu ar taip yra – vargu ar taip gali būti.

Konstitucija sulieja teisinius ir moralinius dalykus, teisės teisėtumą darydama priklausomą nuo atsakymo į sudėtingas moralines problemas, tokias kaip problema, ar konkretus įstatymas gerbia prigimtinę visų žmonių lygybę. Ši sąlieja turi svarbių pasekmių debatams dėl pilietinio nepaklusnumo; jas aprašiau kitur[1] ir vėliau jomis pasiremsiu. Tačiau tai palieka atvirus du žinomus klausimus. Lieka neatsakyta, ar konstitucija, net deramai interpretuojama, pripažįsta visas moralines teises, kurias turi piliečiai, taip pat neaišku, ar, kaip mano daugelis, piliečiai turi pareigą paklusti teisei, net jeigu ji kėsinasi į jų moralines teises.

Abu klausimai tampa labai svarbūs, kai kokia nors mažuma pradeda reikalauti moralinių teisių, kurių teisė nepripažįsta, tokias kaip teisė turėti vietinę mokyklų sistemą, ir kurių, kaip sutaria teisininkai, negina konstitucija. Antrasis klausimas tampa labai svarbus, kai,

[1] Žr. 8-ą skyrių.

kaip dabar, dauguma yra pakankamai sunerimusi, todėl rimtai siūlomos konstitucinės pataisos, skirtos atmesti teisėms, tokioms kaip teisė neduoti parodymų prieš save. Jis taip pat labai svarbus tose šalyse, tokiose kaip Jungtinė Karalystė, kurios neturi panašių konstitucijų.

Žinoma, net jeigu konstitucija būtų tobula, o dauguma neturėtų jai priekaištų, tai nereikštų, jog Aukščiausiasis teismas galėtų garantuoti individualias piliečių teises. Aukščiausiojo teismo sprendimas vis tiek yra teisinis sprendimas ir turi paisyti precedento ir institucinių motyvų, tokių kaip santykiai tarp teismo ir Kongreso, taip pat moralės. Ir joks teisėjo sprendimas nėra būtinai teisingas sprendimas. Teisėjai palaiko skirtingas pozicijas prieštaringais teisės ir moralės klausimais ir, kaip parodė kovos dėl Nixono Aukščiausiojo teismo paskyrimų, Prezidentas gali skirti teisėjus savo nuožiūra su sąlyga, kad jie yra sąžiningi ir kompetentingi.

Taigi nors konstitucinė sistema vienaip ar kitaip prisideda prie moralinių teisių valdžios atžvilgiu, ji toli gražu neįstengia garantuoti šių teisių ir netgi nustatyti, kokios jos yra. Tai reiškia, jog tam tikromis progomis paskutinį žodį šiais klausimais taria ne įstatymų leidėjas, o kuri nors kita institucija, o tai vargu ar gali tenkinti tą, kuriam atrodo, kad ta institucija yra didžiai neteisi.

Žinoma, kokia nors valdžios institucija neišvengiamai tars paskutinį žodį dėl to, kokia teisė bus įgyvendinama. Kai žmonės nesutaria dėl moralinių teisių, nė viena iš pusių niekaip negalės pagrįsti savo argumentų, ir kokie nors sprendimai turės būti priimti, jeigu norima išvengti anarchijos. Tačiau ši ortodoksiška išmintis turi būti teisėkūros ir teisės taikymo filosofijos pradžia, o ne pabaiga. Jeigu ir negalime užsispyrę reikalauti, kad valdžia rastų teisingus atsakymus dėl jos piliečių teisių, galime primygtinai reikalauti, kad ji bent pamėgintų. Mes galime primygtinai reikalauti, kad ji rimtai traktuotų teises, vadovautųsi nuoseklia teorija, apibrėžiančia, kokios yra šios teisės, ir nuosekliai veiktų remdamasi savo išpažįstamais principais. Aš pamėginsiu parodyti, ką tai reiškia, ir kokią reikšmę tai turi dabartiniams politiniams debatams.

2. TEISĖS IR TEISĖ PAŽEISTI TEISĘ

Pradėsiu nuo klausimo, dėl kurio kyla įnirtingiausi ginčai. Ar amerikietis kokiomis nors aplinkybėmis turi moralinę teisę pažeisti įstatymą? Tarkime, kas nors pripažįsta, kad įstatymas yra teisėtas; ar tai reiškia, kad jis turi pareigą jam paklusti? Tie, kurie mėgina pateikti atsakymą, regis, yra pasidaliję į dvi stovyklas. Tie, kuriuos vadinsiu konservatoriais, atrodo, nepritaria jokiam nepaklusimo aktui; jie atrodo patenkinti, kai tokie veiksmai yra persekiojami baudžiamąja tvarka, ir nusivylę, kai įsitikinimai pasikeičia. Kita grupė, liberalai, kur kas labiau prielankūs bent jau kai kuriems nepaklusimo atvejams; kartais jie nepritaria baudžiamajam persekiojimui ir palankiai vertina kaltės atleidimą. Tačiau jeigu mes atsiribojame nuo šių emocinių reakcijų ir atkreipiame dėmesį į argumentus, kuriuos pasitelkia šios dvi partijos, paaiškėja nuostabus dalykas. Abi grupės pateikia iš esmės tą patį atsakymą į principinį klausimą, kuris tariamai jas skiria.

Atsakymas, kurį pateikia abi partijos, yra šis. Demokratijoje, ar bent jau demokratijoje, kuri iš principo gerbia individualias teises, kiekvienas pilietis turi bendrą moralinę pareigą paklusti visiems įstatymams, net jeigu jis norėtų, kad kai kurie iš jų būtų pakeisti. Jo pareiga kyla iš atsakomybės bendrapiliečiams, kurie paklūsta jiems nepatinkantiems įstatymams jo labui. Tačiau ši bendra pareiga negali būti absoliuti, nes net iš principo teisinga visuomenė gali leisti neteisingus įstatymus ir politines nuostatas, o žmogus, be savo pareigų valstybei, turi ir kitų pareigų. Žmogus privalo gerbti savo pareigas savo Dievui ir savo sąžinei, ir jeigu šios konfliktuoja su jo pareiga valstybei, tai jis turi teisę galiausiai daryti tai, ką mano esant teisinga. Tačiau jeigu jis nusprendžia *privaląs* pažeisti teisę, tai privalo paklusti valstybės skiriamam sprendimui ir bausmei, pripažindamas faktą, jog jo religinis ar moralinis įsipareigojimas pranoko jo pareigą bendrapiliečiams, tačiau jos nepanaikino.

Žinoma, šis bendras atsakymas gali būti plėtojamas labai skirtingais būdais. Kai kurie valstybės pareigą nusakytų kaip fundamentalią, o disidentą pavaizduotų kaip religinį ir moralinį fanatiką. Kiti

valstybės pareigą nusakytų nuožmiais terminais ir tuos, kurie jai oponuoja, pieštų kaip herojus. Tačiau tai tono skirtumai, ir pozicija, kurią aprašiau, mano manymu, atspindi pažiūrą daugumos tų, kurie konkrečiais atvejais linksta pasisakyti arba už, arba prieš pilietinį nepaklusnumą.

Nesakau, kad taip mano visi. Būtinai atsiras tokių, kurie pareigą valstybei iškels taip aukštai, kad nepripažins jokios galimybės ją pažeisti. Aišku, esama ir tokių, bent jau Jungtinėse Valstijose šiandien, kurie neigtų, kad žmogus apskritai turi moralinę pareigą paklusti įstatymui. Tačiau šios dvi kraštutinės pozicijos – tai tarsi varpo briaunos, ir visi tie, kurie užima poziciją tarp jų, laikosi mano aprašytos ortodoksalios pozicijos, – jog žmonių pareiga paklusti teisei, tačiau jie turi teisę vadovautis savo sąžine, kai ši su ta pareiga konfliktuoja.

Tačiau jei taip yra, tai mes susiduriame su paradoksu, kurio esmė ta, jog žmonės, kurie teikia tą patį atsakymą į principinį klausimą, iš pažiūros taip smarkiai nesutaria, o jų nuomonės taip aštriai išsiskiria konkrečiais atvejais. Paradoksas yra dar didesnis, nes kiekviena pusė, bent jau kai kuriais atvejais, užima poziciją, kuri atrodo kategoriškai nederanti su teorine pozicija, kurią jos abi palaiko. Pavyzdžiui, šios pozicijos laukia išmėginimas, kai kas nors prieštarauja įstatymui remdamasis sąžine arba kitus skatina įvykdyti nusikaltimą. Konservatoriai teigė, jog tokie žmonės, nors jie yra sąžiningi, turi būti persekiojami baudžiamąja tvarka. Kodėl jie turi būti persekiojami? Kadangi visuomenė negali toleruoti pagarbos teisei menkinimo, kurį lemia ir skatina jų aktas. Žodžiu, jie turi būti persekiojami tam, kad jie patys ir į juos panašūs būtų atgrasinti nuo to, ką jie daro.

Tačiau, atrodo, čia glūdi kraupus prieštaravimas. Jeigu žmogus turi teisę daryti tai, ką jam liepia jo sąžinė, tai kaip gali būti pateisinamas valstybės siekis jį nuo to atgrasinti? Argi nėra nedora tai, kad valstybė draudžia ir baudžia tai, ką daryti, jos pripažinimu, žmonės turi teisę?

Be to, ne vieni konservatoriai tvirtina, jog tie, kurie pažeidžia teisę dėl moralinio įsitikinimo, turi būti persekiojami. Plačiai žinoma, kad liberalas oponuoja tam, kad rasistinių mokyklų pareigūnams būtų leista

lėtai vykdyti desegregaciją, nors ir pripažįsta, kad šie mokyklų pareigūnai mano turį moralinę teisę daryti tai, ką draudžia teisė. Žinoma, retas liberalas sako, kad desegregacijos įstatymai turi būti įgyvendinami tam, kad skatintų bendrą pagarbą įstatymui. Vietoj to jis teigia, kad desegregacijos įstatymai turi būti įgyvendinami dėl to, kad jie yra teisingi. Tačiau jo pozicija atrodo taip pat nenuosekli: ar gali būti teisinga persekioti žmones už tai, kad jie daro, ko reikalauja sąžinė, jeigu mes pripažįstame jų teisę vadovautis savo sąžine?

Taigi mums lieka du neišspręsti galvosūkiai. Kaip gali dvi stovyklos principo klausimu, iš kurių kiekviena mano, kad ji iš pagrindų nesutaria su kita, užimti tuo klausimu tą pačią poziciją? Kaip gali būti, kad kiekviena pusė konkrečias problemas ragina spręsti taip, kad tie sprendimai kategoriškai prieštarauja principinei pozicijai, kurią abi palaiko? Vienas galimas atsakymas yra tas, kad kai kurie iš tų arba visi tie, kurie palaiko tą bendrą poziciją, yra veidmainiai, tik žodžiais tarnaujantys sąžinės teisėms, kurių jie iš tiesų nepripažįsta.

Šis kaltinimas pasižymi tam tikru įtaigumu. Tam tikros veidmainystės, matyt, tikrai būta, kai pareigūnai, pretenduojantys gerbti sąžinę, nepripažino Muhammadui Ali teisės dalyvauti bokso rungtynėse jų valstijose. Jeigu Ali, nepaisydamas savo religinių skrupulų, būtų stojęs tarnauti ginkluotosiose pajėgose, jam būtų buvę leista boksuotis, nors pagal principus, kuriuos tie pareigūnai sakosi gerbią, šis poelgis jį kaip žmogų darytų blogesnį. Esama labai mažai atvejų, kurie atrodo tokie paprasti kaip šis, tačiau net ir šiuo atveju pareigūnai atrodė nematą prieštaros tarp jų veiksmų ir jų principų. Taigi mes turime ieškoti kokio nors paaiškinimo suprasdami, jog žmonės dažnai neturi galvoje to, ką jie sako.

Gilesnis paaiškinimas glūdi toje painiavoje, kuri dažnai būdinga argumentams dėl teisių. Ši painiava daro neaiškius visus tuos klausimus, kuriuos paminėjau pačioje pradžioje, ir trukdo išplėtoti nuoseklią teoriją, paaiškinančią, kaip turi elgtis valdžia, kuri gerbia teises.

Norėdamas tai paaiškinti, turiu atkreipti dėmesį į faktą, puikiai žinomą filosofams, bet dažnai ignoruojamą politiniuose debatuose, jog žodis „teisė“ *(right)* turi skirtingą reikšmę skirtinguose konteks-

tuose. Dauguma atvejų sakydami, kad kas nors turi „teisę“ ką nors daryti, teigiame, kad būtų neteisinga jam trukdyti tai daryti ar bent jau reikia kokio nors specialaus pagrindo bet kokiam trukdymui pateisinti. Šią griežtąją „teisės“ reikšmę pasitelkiu sakydamas, kad Jūs turite teisę išleisti savo pinigus lošimui, jeigu norite, tačiau turėtumėte juos išleisti vertesniems dalykams. Tuo noriu pasakyti, jog bet koks kišimasis į Jūsų reikalą būtų neteisingas, nors Jūs ir ketinate išleisti savo pinigus tokiu būdu, kuris, mano manymu, yra blogas.

Esama akivaizdaus skirtumo tarp pasakymo, kad kas nors šia prasme turi teisę ką nors daryti, ir pasakymo, kad tai daryti jo atveju yra „teisinga“ arba kad jis, tai darydamas, nedaro nieko „bloga“. Kas nors gali turėti teisę daryti sau ką nors bloga, kaip gali atsitikti lošimo atveju. Ir atvirkščiai, ką nors daryti jo atveju gali būti geras dalykas, ir vis dėlto jis gali neturėti teisės to daryti, ta prasme, kad nebūtų neteisinga, jei kas nors trukdytų jo mėginimui. Jeigu mūsų kariuomenė paima nelaisvėn priešo karį, galėtume sakyti, jog jo atveju būtų teisinga pamėginti pabėgti, tačiau tai nereiškia, kad būtume neteisūs mėgindami jį sulaikyti. Galėtume jam jausti pagarbą dėl jo mėginimo pabėgti ir galbūt netgi imtume apie jį prasčiau galvoti, jeigu jis pabėgti nemėgino. Tačiau tai nereiškia, kad mes elgtumėmės neteisingai, pastodami jam kelią; priešingai, jeigu manome, kad mūsų siekiai yra teisingi, mes galvosime, kad iš mūsų pusės yra teisinga padaryti viską, ką galime, kad jį sustabdytumėme.

Ši perskyra tarp klausimo, ar žmogus turi teisę ką nors daryti, ir klausimo, ar jo situacijoje teisinga tai daryti, dažniausiai nesukelia jokių sunkumų. Vis dėlto sunkumų kartais kyla, nes kartais apie žmogaus teisę ką nors daryti kalbame, norėdami tik paneigti, kad jo situacijoje tai daryti yra neteisinga. Antai sakydami, kad į nelaisvę paimtas karys turi „teisę“ pamėginti pabėgti, turime galvoje ne tai, jog mes elgiamės neteisingai, jį stabdydami, bet tai, jog jo nesaisto jokia pareiga nemėginti to daryti. „Teisės“ sąvoką šia reikšme vartojame, kai kalbame, kad kas nors turi „teisę“ veikti pagal savo principus arba „teisę“ vadovautis savo sąžine. Tai sakydami, turime galvoje, kad jis nesielgia blogai veikdamas pagal savo nuoširdžius įsitikini-

mus, nors ir nepritariame tiems įsitikinimams ir dėl politinės nuostatos ar kitų priežasčių turime priversti jį veikti priešingai, negu reikalauja jo įsitikinimai.

Tarkime, žmogus mano, kad socialinio draudimo mokesčiai, skirti vargšams remti, yra labai neteisingi, nes melžia verslo pinigus, ir šiuo pagrindu tas žmogus kasmet deklaruoja visą pajamų mokestį, tačiau pusės jo nebesumoka. Galėtume sakyti, kad jis turi teisę, jei nori, atsisakyti mokėti, tačiau Vyriausybė turi teisę teisminiu keliu išsireikalauti iš jo visus mokesčius ir bausti arba įkalinti jį už vėlavimą mokėti mokestį, jeigu tai būtina siekiant išlaikyti mokesčių surinkimo sistemos efektyvumą. Dauguma atvejų mes nesirenkame šio argumentavimo būdo; nesakome, jog vagis turi teisę vogti, jeigu nori, su sąlyga, kad jis sulaukia atlygio. Kad žmogus turi teisę pažeisti teisę, nors valstybė turi teisę jį bausti, sakome tik tuomet, kai manome, kad tai darydamas dėl savo įsitikinimų jis nesielgia blogai[1].

Šios perskyros suteikia galimybę suprasti ortodoksiškojo klausimo dviprasmybę: ar žmogus kokiomis nors aplinkybėmis turi teisę pažeisti teisę? Ar šiuo klausimu norima paklausti, ar jis kokiomis nors aplinkybėmis turi teisę – teisę griežtąja prasme – pažeisti teisę ir ar valdžia elgtųsi neteisingai, jį sustabdydama, areštuodama ir teisminiu būdu persekiodama? O gal norima paklausti, ar kokiomis nors aplinkybėmis jis, pažeisdamas teisę, elgiasi teisingai, ir ar mes visi turime jį gerbti, net jei valdžia jį įkalintų?

Jeigu manome, jog ortodoksalioji pozicija yra atsakymas į pirmąjį – ir svarbiausiąjį – klausimą, tai susiduriame su mano aprašytaisiais paradoksais. Tačiau jeigu ją laikome atsakymu į antrąjį, tų paradoksų nelieka. Konservatoriai ir liberalai sutaria, kad kartais žmogus nedaro bloga pažeisdamas įstatymą, būtent tada, kai to reikalauja jo sąžinė.

---

[1] Nieko keista, kad teisės turėjimo sąvoką kartais pasitelkiame norėdami pasakyti, jog kiti turi netrukdyti veiksmui, o kartais – pasakyti, kad nėra blogai daryti tą veiksmą. Dažnai, kai kas nors *neturi* teisės ką nors daryti, pavyzdžiui, fiziškai užpulti kitą žmogų, galioja *ir* ta nuostata, jog tai daryti yra neteisinga, *ir* ta, kad kiti turi teisę tai sustabdyti – reikalavimu, jei ne jėga. Todėl natūralu sakyti, kad kas nors turi teisę, kai norime paneigti *bet kurią* iš šių reikšmių, taipogi tada, kai norime paneigti abi.

Jie nesutaria, – kai nesutaria, – dėl kito dalyko, būtent kokia turi būti valstybės reakcija. Abi partijos mano, kad kartais valstybė turi vykdyti teisminį persekiojimą. Tačiau tai nėra nesuderinama su teiginiu, jog persekiojamasis žmogus pažeisdamas teisę elgėsi teisingai.

Aprašytieji paradoksai sukelia rimtos problemos įspūdį dėl to, kad minėti du klausimai paprastai neatskiriami, ir ortodoksalioji pozicija pateikiama kaip bendras pilietinio nepaklusnumo problemos sprendimas. Tačiau padarius perskyrą, tampa akivaizdu, kad ta pozicija taip plačiai palaikoma tik dėl to, kad ją taikant, ji traktuojama kaip atsakymas į antrąjį, o ne į pirmąjį klausimą. Šią esminės svarbos perskyrą užtemdo problemiška teisės į sąžinę idėja; ši idėja atsidūrė daugumos neseniai vykusių diskusijų dėl politinio įsipareigojimo *(obligation)* centre, tačiau tai masalas, atitraukiantis mūsų dėmesį nuo esminės svarbos politinių klausimų. Žmogaus sąžinės būsena gali būti lemiamos reikšmės arba centrinės svarbos, kai kyla klausimas, ar pažeisdamas teisę jis elgiasi kuria nors prasme morališkai neteisingai; tačiau ji nebūtinai bus lemiamos reikšmės ar netgi nebus centrinės svarbos, kai klausiama, ar jis turi teisę, griežtąja šio termino prasme, taip daryti. Žmogus neturi teisės, griežtąja prasme, daryti viską, ko reikalauja jo sąžinė, bet jis gali turėti teisę, ta pačia prasme, daryti tam tikrą veiksmą, net jei jo sąžinė to nereikalauja.

Jeigu tai tiesa, tuomet iki šiol nebūta nė vieno rimto mėginimo atsakyti į tuos klausimus, kuriuos beveik kiekvienas turi galvoje. Galime pradėti nuo nulio, pirmiausia aiškiau suformuluodami šiuos klausimus. Ar amerikietis/ė kokiomis nors aplinkybėmis turi teisę, griežtąja prasme, daryti ką nors, kas prieštarauja teisei? Jeigu taip – kada? Norint atsakyti į šitaip pateiktus klausimus, turime pamėginti aiškiau suvokti anksčiau minėtos idėjos pasekmes, kad piliečiai turi teisių – kad ir kokios jos būtų – savo valdžios atžvilgiu.

Aš sakiau, jog manoma, kad Jungtinėse Valstijose piliečiai turi tam tikrų fundamentalių teisių savo valdžios atžvilgiu, tam tikrų moralinių teisių, konstitucijos paverstų juridinėmis teisėmis. Jeigu ši idėja yra prasminga ir verta pasididžiavimo, tai tos teisės turi būti teisės ta griežtąja prasme, kurią ką tik aprašiau. Teiginys, kad piliečiai turi

žodžio laisvę, turi reikšti, jog valdžia elgtųsi neteisingai, neleisdama jiems kalbėti, net kai valdžia mano, kad tai, ką jie pasakys, suteiks daugiau žalos negu naudos. Tas teiginys, pagal analogiją su karo belaisvio atveju, negali reikšti tik to, jog piliečiai nedaro bloga kalbėdami tai, ką galvoja, tačiau valdžia pasilieka sau teisę neleisti jiems to daryti.

Tai esminės reikšmės momentas, ir aš noriu jį plačiau išanalizuoti. Žinoma, atsakinga valdžia turi būti pasirengusi pateisinti viską, ką ji daro, ypač kai apriboja savo piliečių laisvę. Tačiau paprastai pakankamas pateisinimas, net veiksmo, kuris riboja laisvę, yra tas, kad veiksmas yra sumanytas padidinti tam, ką filosofai vadina bendrąja nauda, – jog jis yra sumanytas suteikti visiems daugiau naudos negu žalos. Taigi nors Niujorko valdžiai reikia pateisinti savo draudimą, neleidžiantį vairuotojams važiuoti Leksingtono aveniu aukštyn, pateisinimas yra pakankamas, jeigu kompetentingi pareigūnai, remdamiesi įtikinamais faktais, mano, kad daugelio gausima nauda bus didesnė už nedaugelio patirsimus nepatogumus. Tačiau kai sakoma, kad piliečiai turi teisių valdžios atžvilgiu, tokių kaip žodžio laisvė, šitai turi reikšti, kad šios rūšies pateisinimas yra nepakankamas. Antraip šis teiginys nebūtų argumentas už tai, jog individai turi ypatingą apsaugą nuo teisės, kai sprendžiamos jų teisės, o tai kaip tik norima pasakyti tuo teiginiu.

Ne visos juridinės teisės ar netgi konstitucinės teisės įkūnija moralines teises valdžios atžvilgiu. Aš dabar turiu teisę važiuoti bet kuria juosta Penkiasdešimt septintojoje gatvėje, tačiau valdžia nepasielgtų neteisingai, toje gatvėje įvesdama vienkryptį eismą, jeigu manytų, kad toks veiksmas atitinka bendrąjį interesą. Aš turiu konstitucinę teisę balsuoti už kongreso narį kas dvejus metus, tačiau nacionalinė ir valstijos valdžia nepasielgtų neteisingai, jeigu, laikydamasi papildymo procedūros, kongreso nario kadenciją padarytų ketverių metų, o ne dvejų, sprendimą paremdama tuo pačiu pagrindu, jog tai būtų naudinga bendrajai gerovei.

Tačiau manoma, kad tos konstitucinės teisės, kurias mes vadiname fundamentaliomis, tokios kaip laisvo žodžio teisė, įkūnija teises

valdžios atžvilgiu griežtąja prasme; tai, jog mūsų teisinė sistema gerbia fundamentalias piliečių teises, verta pasididžiavimo. Jeigu piliečiai turi moralinę laisvo žodžio teisę, tuomet valdžios pasielgtų neteisingai, panaikindamos Pirmąją pataisą, kuri ją garantuoja, net jeigu jos būtų įsitikinusios, jog daugumai bus geriau, jeigu žodžio laisvė bus apribota.

Tai sakydamas turiu išvengti pernelyg didelių apibendrinimų. Tas, kuris teigia, jog piliečiai turi teisę valdžios atžvilgiu, neturėtų sakyti, jog valstybė *niekuomet* nėra teisi tais atvejais, kai ji tų teisių nepaiso. Jis galėtų sakyti, pavyzdžiui, jog nors piliečiai ir turi teisę į žodžio laisvę, valdžia gali nepaisyti tos teisės, kai reikia apsaugoti kitų teises arba išvengti katastrofos, arba netgi siekdama aiškios ir didelės bendros naudos (tačiau jeigu jis pripažintų ją kaip galimą pateisinimą, tai aptariamąją teisę traktuotų kaip ne iš pačių svarbiausiųjų arba fundamentaliųjų). Bet jis negalėtų pasakyti, jog valdžia yra teisi nepaisydama tos teisės tuo minimaliu pagrindu, kuris būtų pakankamas, jeigu tokia teisė neegzistuotų. Jis negali sakyti, jog valdžia turi teisę veikti remdamasi vien tik savo sprendimu, jog, viską apskaičiavus, yra tikėtina, kad jos veiksmas suteiks naudą bendruomenei. Ši prielaida jo reikalavimą į teisę darytų beprasmišką ir rodytų, jog jis „teisę" *(right)* vartoja kažkokia kita prasme, ne griežtąja, kuri yra būtina norint suteikti jo pretenzijai politinį reikšmingumą, kurį, kaip paprastai manoma, jis turi.

Tačiau tuomet atsakymai į du mūsų klausimus dėl nepaklusnumo atrodo aiškūs, nors ir neortodoksalūs. Mūsų visuomenėje žmogus kartais turi teisę (griežtąja prasme) nepaklusti teisei. Jis turi šią teisę visada, kai neteisingai pažeidžiamos jo teisės vyriausybės atžvilgiu. Kitaip tariant, jeigu jis turi moralinę teisę į žodžio laisvę, tai jis turi moralinę teisę pažeisti bet kokį įstatymą, kurio valdžia, dėl jo turimos teisės, neturi teisės priimti. Teisė nepaklusti teisei nėra atskira teisė, kaip nors susijusi su sąžine ir papildanti kitas teises valdžios atžvilgiu. Tai tiesiog šių teisių valdžios atžvilgiu bruožas, ir jis iš principo negali būti paneigtas, nepaneigiant, kad apskritai egzistuoja kokios nors tokio pobūdžio teisės.

Šie atsakymai atrodo savaime suprantami, kai teises valdžios atžvilgiu laikome teisėmis griežtąja prasme, kurią aprašiau. Jeigu turiu teisę pareikšti savo nuomonę politiniais klausimais, tai valdžia, padarydama tokį mano veiksmą neteisėtu, elgiasi neteisingai, net jeigu mano, kad tai darydama ji tenkina bendrąjį interesą. Jei valdžia tokį mano veiksmą vis dėlto padaro neteisėtą, tai ji toliau elgsis blogai ir įgyvendindama tą įstatymą prieš mane. Mano teisė valdžios atžvilgiu reiškia, kad valdžia yra neteisi, jei neleidžia man kalbėti; valdžios iniciatyva pati savaime mano laisvės apribojimo negali padaryti teisingo.

Visa tai, žinoma, mums nepasako, kokių konkrečių teisių valdžios atžvilgiu žmonės turi. Tai mums nesako, ar laisvo žodžio teisė apima demonstracijų teisę. Tačiau iš viso to, kas pasakyta, aišku, jog įstatymo priėmimas negali turėti įtakos toms teisėms, kurias žmonės turi, o štai yra esminės svarbos dalykas, nes diktuoja nuostatą, į kurią individas turi teisę, darydamas savo asmenišką sprendimą, kai iškyla pilietinio nepaklusimo klausimas.

Ir konservatoriai, ir liberalai mano, kad visuomenėje, kuri apskritai yra dora, kiekvienas turi pareigą paklusti teisei, kad ir kokia ji būtų. Tai yra ortodoksaliosios pozicijos „bendrosios pareigos" sąlygos šaltinis, ir nors liberalai mano, kad šios pareigos kartais galima „nepaisyti", net jie sutinka, kad, kaip tvirtina ortodoksalioji pozicija, paklusimo pareiga išlieka kokia nors paslėpta forma, tad žmogus elgiasi gerai, kai pripažįsta bausmę, turėdamas omenyje tą pareigą. Tačiau ši bendra pareiga yra beveik neapmąstoma visuomenės, kuri pripažįsta teises. Jeigu žmogus mano turįs teisę dalyvauti demonstracijoje, tai jis turi manyti, kad valdžia elgtųsi neteisingai jam to neleisdama, pasitelkdama įstatymą arba be jo. Jeigu jis turi teisę taip manyti, tuomet paika kalbėti apie pareigą paklusti teisei arba apie pareigą pripažinti bausmę, kurios valstybė neturi teisės skirti.

Konservatoriai paprieštarautų, jog aš pernelyg lengvai susidorojau su jų argumentu. Jie sakys, jog net jeigu valdžia buvo neteisi, priimdama kokį nors įstatymą, tokį kaip įstatymas, varžantis žodžio laisvę, esama nepriklausomų priežasčių, dėl kurių valdžia yra teisi, įgyvendindama jau priimtą įstatymą. Anot jų argumento, teisiškai

uždraudžiant demonstracijas, mobilizuojamas tam tikras principas, kuris yra svarbesnis už individo teisę kalbėti, būtent pagarbos teisei principas. Jeigu įstatymas, netgi blogas įstatymas, paliekamas neįgyvendintas, menkinama pagarba įstatymui, ir visuomenė kaip visuma nukenčia. Taigi individas praranda savo moralinę teisę kalbėti, kai kalbėjimas kriminalizuojamas, ir bendro dėl gėrio bei bendros naudos valdžia privalo įgyvendinti tą įstatymą prieš jį.

Tačiau šis argumentas, nors ir populiarus, įtikinamas yra tik tuomet, kai mes užmirštame, ką reiškia pasakymas, jog individas turi teisę valstybės atžvilgiu. Toli gražu nėra savaime akivaizdu, jog pilietinis nepaklusnumas menkina pagarbą teisei, tačiau net jeigu tariame, kad menkina, šis faktas neturi didelės reikšmės. Utilitarinės naudos perspektyva negali pateisinti veiksmų, neleidžiančių žmogui daryti to, ką jis turi teisę daryti, o tariama nauda teisės pagarbai yra tiesiog utilitarinė nauda. Didžiavimasis pagarba individualioms teisėms, jeigu ji nereikalauja jokios aukos, būtų beprasmis, o auka, kurią čia turime galvoje, turi būti atsižadėjimas bet kokios spekuliatyvios naudos, kurią mūsų šalis gautų, jeigu nepaisytų tų teisių visuomet, kai jos pasirodo nenaudingos. Tad bendroji nauda negali būti tinkamas pagrindas riboti teisėms, net jeigu aptariamoji nauda yra pagarbos teisei stiprėjimas.

Tačiau galbūt aš klystu manydamas, jog pagarbos teisei argumentas tėra apeliavimas į bendrąją naudą. Aš sakiau, kad valstybė gali būti teisi nepaisydama teisių arba jas ribodama kitais pagrindais, tad prieš atmesdami konservatyviąją poziciją, privalome paklausti, ar kurie nors iš šių pagrindimų yra pavykę. Pats svarbiausias – ir blogiausiai suprastas – iš šių kitų pagrindimų remiasi konkuruojančių teisių sąvoka, teisių, kurioms kiltų grėsmė, jeigu aptariamoji teisė nebūtų apribota. Piliečiai turi asmeninę teisę į valstybės globą, taip pat asmeninę teisę į tai, kad į jų laisvę nesikištų valstybė, ir valdžiai gali tekti rinktis iš šių dviejų teisių. Pavyzdžiui, teisė, draudžianti šmeižtą, riboja asmeninę bet kurio žmogaus teisę sakyti tai, ką jis mano, nes ji reikalauja, kad tai, ką jis sako, turėtų rimtą pagrindą. Tačiau šią teisę pateisina – tai pripažįsta netgi tie, kurie mano, kad ji pažeidžia

asmeninę teisę, – tas faktas, jog ji gina kitų teisę į tai, kad jų reputacija nebūtų sugriauta neatsakingo pareiškimo.

Individualios teisės, kurias pripažįsta mūsų visuomenė, dažnai konfliktuoja šiuo būdu, ir kai jos konfliktuoja, valdžios darbas yra spręsti diskriminacijos klausimą. Jeigu valdžia priima teisingą sprendimą ir gina tai, kas svarbiau, aukodama tai, kas mažiau svarbu, tai ji nesusilpnins ir nenupigins teisių sąvokos; ir priešingai: ji susilpnintų ir nupigintų tą sąvoką, jeigu negintų to, kas yra svarbiau. Taigi privalome pripažinti, jog valdžia turi pagrindą riboti teises, jeigu pagrįstai mano, jog konkuruojanti teisė yra svarbesnė.

Ar konservatorius gali griebtis šio fakto? Jis galėtų sakyti, kad aš pasielgiau neteisingai, jo argumentą apibūdindamas kaip argumentą, apeliuojantį į bendrąją naudą, nes iš tikro jis apeliuoja į konkuruojančias teises, būtent į moralinę daugumos teisę į tai, kad jos įstatymai būtų įgyvendinami, arba į visuomenės teisę palaikyti tą tvarkos ir saugumo lygį, kurio ji pageidauja. Šios teisės, pasakytų jis, yra tokios teisės, kurias reikia dėti ant svarstyklių su individo teise daryti tai, ką draudžia neteisinga teisė.

Tačiau šis naujas argumentas yra painus, nes priklauso nuo kitos, dar vienos teisių diskurso dviprasmybės. Mes iš tiesų kalbame apie visuomenės „teisę" daryti tai, ką ji nori, tačiau tai negali būti „konkuruojanti teisė", kuri galėtų pateisinti teisės valdžios atžvilgiu pažeidimą. Teisių valdžios atžvilgiu egzistavimui kiltų grėsmė, jeigu valdžia galėtų bet kurią iš tų teisių atmesti, apeliuodama į demokratinės daugumos teisę įgyvendinti savo valią. Teisė valdžios atžvilgiu turi būti teisė į tam tikrą veiksmą net tada, kai dauguma mano, jog tai daryti esą neteisinga, ir net jei daugumai dėl to veiksmo būtų blogiau. Jeigu sakome, kad visuomenė turi teisę daryti viską, kas yra naudinga bendros naudos požiūriu, arba teisę puoselėti tokią aplinką, kurioje pageidauja gyventi dauguma, ir turime galvoje, kad šios teisės yra tokios, kurios leidžia pateisinti bet kokių teisių valdžios atžvilgiu, galinčių konfliktuoti su anomis, atmetimą, tai mes šias teises anuliuojame.

Kad jas išgelbėtume, konkuruojančiomis teisėmis turime pripa-

žinti tik kitų visuomenės narių, kaip individų, teises. Turime daryti perskyrą tarp daugumos „teisių", kurios negali galioti kaip individualių teisių atmetimo pateisinimas, ir personalinių daugumos narių teisių, kurios gali būti laikomos tokiomis. Testas, kurį turime naudoti, yra šis. Kas nors turi konkuruojančią teisę į globą, kurią reikia įvertinti individualios teisės veikti atžvilgiu, jeigu tas asmuo kaip individas turi teisę reikalauti tos globos iš savo valdžios savo paties teisių pagrindu *(on his own title),* neatsižvelgiant į tai, ar dauguma jo bendrapiliečių tam reikalavimui pritaria.

Pagal šį testą, negali būti teisinga, jog kiekvienas turi teisę į visų nacionalinių įstatymų įgyvendinimą. Asmuo turi teisę tik į tai, kad būtų įgyvendinti, pavyzdžiui, tie baudžiamieji įstatymai, kurių priėmimo jo teisė reikalautų, jeigu jie dar nebūtų teisė. Įstatymai, draudžiantys užpulti asmenį, yra geras šios kategorijos pavyzdys. Jeigu fiziškai sužalojami bendruomenės nariai – tie, kuriems reikia policijos apsaugos nuo prievartos prieš jų asmenį, – sudarytų tik mažumą, vis tiek atrodytų įtikinama sakyti, kad jie turi teisę į tą apsaugą. Tačiau įstatymų, kurie užtikrina tam tikrą ramybės lygį viešosiose vietose arba kurie leidžia ir finansuoja užsienio karą, negalima manyti esant pagrįstų individualiomis teisėmis. Negalima pasakyti, jog kukli moteriškė Čikagos gatvėse turi teisę būtent į tą ramybės laipsnį, kuris dabar yra, taipogi nepasakysi, jog ji turi teisę į tai, kad jaunuoliai įstatymo būtų pašaukti kariauti karuose, kuriems ji pritaria. Esama įstatymų – galbūt pageidautinų įstatymų, – kurie jai suteikia šiuos naudingus dalykus, tačiau šių įstatymų pateisinimas, jeigu jie iš viso gali būti pateisinti, yra bendras didelės daugumos troškimas, o ne jos asmeninė teisė. Taigi jeigu šie įstatymai apriboja kieno nors kito moralinę teisę protestuoti arba jo teisę į asmeninį saugumą, ji negali apeliuoti į konkuruojančią teisę kaip suvaržymo pateisinimą. Ji neturi asmeninės teisės į tai, kad tokie įstatymai būtų priimti, ir neturi konkuruojančios teisės į tai, kad jie būtų įgyvendinami.

Taigi konservatoriaus argumentacija netoli tenueis konkuruojančių teisių pagrindu, tačiau jis gali bandyti pasitelkti kitokį pagrindą.

Valdžia, – gali sakyti jis, – gali būti teisi ribodama savo piliečių asmenines teises ypatingosios padėties aplinkybėmis *(in an emergency)* arba kai galima išvengti labai didelių nuostolių, ar galbūt kai yra rimta galimybė užtikrinti kokią nors didelę naudą. Jeigu šalis kariauja, cenzūros politika gali būti pateisinama, net jei ji pažeidžia teisę kalbėti tai, ką galvoji, politiškai kontroversiškais klausimais. Tačiau ypatingoji padėtis turi būti tikra. Turi būti tai, ką Oliveris Wendellas Holmesas aprašė kaip akivaizdų ir tikrą pavojų, ir šis pavojus turi būti neeilinio masto.

Ar konservatorius galėtų pagrįsti, kad šios rūšies pateisinimas yra galimas priimant bet kurį įstatymą, net ir neteisingą įstatymą, kaip jo įgyvendinimo pateisinimas? Jo argumentas galėtų būti maždaug tokio pobūdžio. Jeigu valdžia pripažįsta, kad ji gali būti neteisi, – jog įstatymų leidėjas galėjo priimti, vykdytojai – įtvirtinti, o teismai – palikti galioti įstatymą, kuris iš tikrųjų riboja svarbias teises, – tai šis pripažinimas lemtų ne vien didesnį ar mažesnį pagarbos teisei nuosmukį, bet ir santvarkos krizę. Piliečiai galėtų nuspręsti paklusti tik tiems įstatymams, kuriems jie asmeniškai pritaria, o tai yra anarchija. Todėl valdžia turi atkakliai laikytis pozicijos, jog kad ir kokios būtų piliečio teisės iki įstatymo priėmimo ir teisminio patvirtinimo, jo teisės nuo šiol yra įtvirtinamos to įstatymo.

Tačiau šis argumentas ignoruoja primityvią perskyrą tarp to, kas galėtų įvykti, ir to, kas įvyks. Jeigu mes leidžiame spekuliacijai paremti ypatingosios padėties arba reikšmingo masto naudos pateisinimą, tai ir vėl galiausiai anuliuojame teises. Kaip yra pasakęs Learned Handas, turime, nepaisyti blogio pavojingumo, jei tai – tik to blogio galimybės tikėtinumas. Aš nežinau jokių tikrų įrodymų, kurie patvirtintų, kad kokio nors pilietinio nepaklusnumo toleravimas iš pagarbos jį vykdančiųjų moralinei pozicijai padidins tokį nepaklusnumą, ką jau kalbėti apie nusikalstamumą apskritai. Argumentas, jog jis jį padidintų, turi būti pagrįstas miglotomis prielaidomis apie paprastų nusikaltimų užkrečiamumą, prielaidomis, kurios pačios yra neįrodytos ir kurios kiekvienu atveju nėra ganėtinai svarbios. Tikrai ne mažiau įtikinamas atrodo argumentas, jog tolerancija padidins

pagarbą pareigūnams ir didžiumai įstatymų, kurių įgyvendinimą jie prižiūri, ar bent jau pristabdys nepagarbos stiprėjimą.

Jeigu tai būtų tiesiog klausimas, ar padidėtų ribinė bendruomenės gerovė, esant griežtam teisės įgyvendinimui, tai valdžia turėtų nuspręsti dėl to, kokių mes turime įrodymų, ir, viską pasvėrus, gali nebūti neprotinga manyti, jog bendruomenei būtų geriau. Tačiau šis klausimas liečia teises, vadinasi, klausimas yra toks, ar tolerancija sugriaus bendruomenę arba grės jai didžia žala, ir man atrodo tiesiog neprotinga manyti, esant įrodymų, patvirtinančių, kad tai apskritai įmanoma, ką jau kalbėti apie tikėtinumą.

Argumentas apeliuojant į ypatingąją padėtį yra painus ir kita prasme. Jis paremtas prielaida, kad valdžia turi laikytis vienos iš dviejų pozicijų: arba pozicijos, jog žmogus niekada neturi teisės pažeisti teisę, arba pozicijos, kad jis visada turi tokią teisę. Aš sakiau, kad bet kuri visuomenė, jei ji apskritai tariasi pripažįstanti teises, turi atsisakyti bendrosios pareigos paklusti teisei, kuri galioja visais atvejais, sąvokos. Tai svarbu argumentuojant, jog nėra paprasto būdo įvertinti piliečio pretenziją į teisę. Jeigu pilietis teigia turįs moralinę teisę netarnauti ginkluotosiose pajėgose arba protestuoti tokiu būdu, kuris jam atrodo veiksmingas, tai pareigūnas, norintis jam atsakyti, o ne paprasčiausiai verste versti jį paklusti, turi reaguoti į konkretų jo pateiktą argumentą, ir negali nukreipti į įstatymo tekstą arba Aukščiausiojo teismo sprendimą, net kaip esminės svarbos šaltinį. Kartais pareigūnas, geranoriškai svarstantis moralinius piliečio argumentus, bus įtikintas, kad piliečio reikalavimas yra pagrįstas arba netgi teisingas. Tačiau tai nereiškia, kad jis visuomet bus įtikintas arba kad jis visuomet turėtų būti įtikintas.

Turiu pabrėžti, kad visi šie teiginiai nurodo griežtąją teisės prasmę, todėl paliekami neatsakyti svarbūs klausimai dėl to, ką daryti yra teisinga. Jeigu žmogus mano, kad jis turi teisę pažeisti teisę, tai privalo paklausti, ar teisingai elgiasi tą teisę įgyvendindamas. Jis turi nepamiršti, jog racionalūs žmonės gali nesutarti dėl to, ar jis turi teisę valdžios atžvilgiu, taigi ir teisę pažeisti teisę, kurią mano turįs; taigi ir to, kad racionalūs žmonės gali jam oponuoti geranoriškai. Jis

turi atsižvelgti į įvairias pasekmes, kurias lems jo veiksmai, ar jie susiję su prievarta, bei į kitus panašius kriterijus, kurių reikalauja aplinkybės; jis turi neviršyti teisių, į kurias gali sąžiningai pretenduoti, ir nesiimti veiksmų, kurie pažeidžia kitų teises.

Kita vertus, jeigu koks nors pareigūnas, pavyzdžiui, prokuroras, mano, kad pilietis *neturi* teisės pažeisti teisę, tai *jis* turi paklausti, ar pats teisingai elgiasi įgyvendindamas įstatymą. 8-ame skyriuje teigiu, jog tam tikri mūsų teisinės sistemos bruožai, konkrečiai teisinių ir moralinių klausimų sąlieja mūsų konstitucijoje, reiškia, kad piliečiai dažnai elgiasi teisingai, pasinaudodami tuo, ką jie laiko moralinėmis teisėmis pažeisti teisę, ir kad prokurorai dažnai elgiasi teisingai, nepersekiodami jų už tai. Čia neužbėgsiu šiems argumentams už akių; tik noriu paklausti, ar reikalavimas, jog valdžia turi rimtai traktuoti savo piliečių teises, yra kaip nors susijęs su esminės svarbos klausimu, kokios yra tos teisės.

3. KONTROVERSIŠKOSIOS TEISĖS

Argumentas iki šiol buvo hipotetiškas: jeigu žmogus turi tam tikrą moralinę teisę valdžios atžvilgiu, ta teisė atsilaiko prieš jai priešingą įstatymų leidėjo praktiką ar teisminį sprendimą. Tačiau tai mums nepasako, kokia yra ta jo turima teisė, ir, kaip puikiai žinome, racionalūs žmonės dėl to nesutaria. Esama plataus sutarimo dėl tam tikrų aiškių atvejų; beveik kiekvienas, kuris tiki apskritai kokiomis nors teisėmis, pripažintų, pavyzdžiui, kad žmogus turi moralinę teisę neprovokuojamu būdu išsakyti savo mintis politiškai svarbiais klausimais ir kad tai yra svarbi teisė, kurią valstybė turi ginti visomis jėgomis. Tačiau dėl tokių paradigminių teisių ribų karštai ginčijamasi, ir vadinamasis įstatymas „prieš riaušes“, į kurį apeliuota garsiajame praėjusio dešimtmečio Čikagos septyneto procese, yra pavyzdinis tokio kontroversiškumo atvejis.

Teisiamieji buvo apkaltinti sąmokslo, turėjusio peržengti valstijos ribas, organizavimu, kuriuo siekta sukelti riaušes. Šis kaltinimas yra miglotas – galbūt net konstituciškai abejotinas – tačiau teisė, atrody-

tų, skelbia nusikalstamomis emocingas kalbas, kurios teigia, kad prievarta yra pateisinama siekiant užtikrinti politinę lygybę. Ar žodžio laisvės teisė gina šios rūšies kalbėjimą? Žinoma, tai teisinis klausimas, nes jis liečia Pirmojo konstitucijos papildymo žodžio laisvės nuostatą. Tačiau sykiu tai yra ir moralinis klausimas, nes, kaip sakiau, Pirmąjį papildymą turime traktuoti kaip siekį apginti moralinę teisę. Valdančiųjų pareiga yra įstatymiškai ir teismų praktikoje apibrėžti moralines teises, t. y. įtvirtinti apibrėžimą, oficialiai numatant moralinių teisių apimtį teisėje. Kongresas susidūrė su šia užduotimi, balsuodamas už bilį, draudžiantį riaušes *(anti-riot bill)*, o Aukščiausiasis teismas yra susidūręs su ja be galo daug atvejų. Kaip skirtingos valdžios institucijos turėtų išspręsti moralinių teisių apibrėžimo problemą?

Jos turi imtis šio darbo suvokdamos, jog jų sprendimas visada gali būti neteisingas. Istorija ir jų įpėdiniai gali nuspręsti, kad jie elgėsi neteisingai, nors jie patys tai darydami manė esą teisūs. Jeigu jie atsakingai atlieka savo pareigą, turi pamėginti kiek įmanoma sumažinti savo klaidas, o tam tikslui turi pamėginti suvokti kokios yra klaidos priežastys.

Šiam tikslui jie gali pasirinkti vieną iš dviejų labai skirtingų modelių. Pirmasis modelis rekomenduoja ieškoti balanso tarp individo teisių ir plačiosios visuomenės reikalavimų. Jeigu valdžia pasikėsina į moralinę teisę (pavyzdžiui, žodžio laisvės teisę apibrėžia siauriau, negu reikalauja teisingumas), tai ji kenkia individui. Tačiau jeigu valdžia išplečia teisę (apibrėžia ją plačiau, negu reikalauja teisingumas), tai ji atima iš visuomenės dalį bendrosios naudos, tokią kaip saugios gatvės, nesant jokios priežasties, dėl kurios ji turėtų būti atimta. Taigi bet kokiu atveju klaida yra tokia pat rimta. Valdžios užduotis yra laikytis vidurio, rasti bendrosios naudos ir asmeninių teisių balansą, paskirstant abiems pusėms tai, kas priklauso.

Kai valdžia arba bet kuris iš jos padalinių apibrėžia teisę, ji privalo atsižvelgti, anot pirmojo modelio, į visuomeninę galimų apibrėžimų kainą ir atitinkamai pataisyti apibrėžimą. Pavyzdžiui, ji turi nesuteikti tokios pačios laisvės triukšmingoms demonstracijoms, kokią

suteikia ramiai politinei diskusijai, nes pirmoji sukelia kur kas daugiau problemų negu antroji. Nusprendusi, kokiu mastu pripažinti konkrečią teisę, ji turi visiškai įgyvendinti savo sprendimą. Tai reiškia – leisti individui veikti pagal turimas teises, kaip jas apibrėžė valdžia, bet jų neperžengiant, tad jei kas nors pažeidžia teisę, netgi dėl sąžinės motyvų, jis turi būti baudžiamas. Be abejo, bet kokia valdžia darys klaidų ir atšaukinės kadaise priimtus sprendimus. Tai neišvengiama. Tačiau ši vidurio politika užtikrins, jog per ilgą laiką klaidos bus subalansuotos.

Toks pirmasis modelis atrodo labai įtikinamas, ir dauguma paprastų žmonių bei teisininkų, manau, apie jį atsiliepia palankiai. Viešojo intereso balansavimo asmeninių pretenzijų atžvilgiu metafora yra įtvirtinta mūsų politinėje ir teisminėje retorikoje, ir ši metafora daro modelį suprantamą ir patrauklų. Vis dėlto pirmasis modelis yra klaidingas, ypač teisių, bendrai pripažintų svarbiomis, atveju, ir toji metafora yra jo klaidos šerdis.

Teisių valdžios atžvilgiu institutas nėra Dievo dovana, senovinis ritualas ar nacionalinis sportas. Tai sudėtinga ir problemiška praktika, kuri valdžios darbą užtikrinti bendrąją naudą daro sunkesnį ir brangesnį, ir ši praktika būtų lengvabūdiška ir neteisinga, jeigu netarnautų kokiam nors siekiui. Kiekvienas, kuris siekia rimtai traktuoti teises, ir kuris giria mūsų valdžią už jų gerbimą, turi bent kiek nutuokti koks tas siekis yra. Jis turi pritarti mažų mažiausiai vienai arba abiem iš dviejų svarbių idėjų. Pirmoji yra miglota, bet įtakinga žmogiškojo orumo idėja. Ši idėja siejama su Kantu, tačiau palaikoma įvairių mokyklų filosofų, teigia, kad esama žmogaus traktavimo būdų, nesuderinamų su jo pripažinimu visaverčiu bendruomenės nariu, ir mano tokį traktavimą esant neteisingą.

Antroji – tai geriau pažįstama politinės lygybės idėja. Ji suponuoja, kad silpnesnieji politinės bendruomenės nariai turi teisę į tokį patį savo valdžios rūpestį ir pagarbą, kokius yra užsitikrinę galingesnieji, tad jeigu kokie nors žmonės turi sprendimo laisvę, tai visi žmonės turi turėti tokią pačią laisvę, kad ir kaip tai paveiktų bendrąjį gėrį. Čia nenoriu ginti ar plėtoti šių idėjų, tenoriu pabrėžti, jog kiek-

vienas, kuris teigia, jog piliečiai turi teisių, privalo pripažinti idėjas, labai artimas šioms[1].

Prasminga sakyti, kad žmogus turi fundamentalią teisę (griežtąja prasme) valdžios atžvilgiu, tokią kaip žodžio laisvė, jeigu ta teisė yra būtina apginti jo orumui arba jo, kaip turinčio vienodą teisę į rūpestį ir pagarbą, statusui, arba kokiai kitai panašios svarbos asmeninei vertybei. Antraip toks pasakymas neprasmingas.

Taigi jeigu teisės apskritai turi prasmę, tai reliatyviai svarbios teisės pažeidimas turi būti labai svarbus dalykas. Tai reiškia traktuoti žmogų mažiau negu kaip žmogų arba kaip mažiau vertą pagarbos negu kiti žmonės. Teisių institutas pagrįstas įsitikinimu, kad toks pažeidimas yra šiurkšti neteisybė ir kad verta sumokėti papildomą kainą aukojant socialinę politiką ar efektyvumą, kainą, kuri būtina tai neteisybei išvengti. Bet tada turi būti neteisinga sakyti, kad teisių išplėtimas yra tokia pat rimta problema kaip ir jų pažeidimas. Jeigu valdžia suklysta individo naudai, tai jai paprasčiausiai šiek tiek daugiau kainuoja socialinis efektyvumas, negu šiaip kainuotų; t. y. ji skiria šiek tiek daugiau kaštų privalomam reikalui, į kurį jau ir taip nusprendė investuoti. Tačiau jeigu ji klysta individo atžvilgiu, tai jį pažeidžia, o šis pažeidimas, jos pačios apskaičiavimu yra tai, kam išvengti verta skirti daug lėšų.

Taigi pirmojo modelio pateisinti negalima. Iš tikrųjų jis remiasi klaida, kurią aptariau anksčiau, – visuomenės teisių painiojimu su visuomenės narių teisėmis. „Balansavimas" tinka, kai valdžia turi rinktis iš konkuruojančių teisės pretenzijų – pavyzdžiui, pietiečio pretenziją į susibūrimų laisvę arba juodaodžio pretenziją į vienodą švie-

---

[1] Jis neturi laikyti šių idėjų aksiomiškomis. Tai reiškia, kad jis gali turėti priežasčių tvirtinti, jog orumas ir lygybė yra svarbios vertybės, o šios priežastys gali būti utilitarinės. Pavyzdžiui, jis gali manyti, kad *ilgalaikėje perspektyvoje* bendrosios gerovės link bus progresuojama tik jeigu pažeminimą arba nelygybę laikome labai didele neteisybe ir niekuomet sau neleidžiame jų pateisinti savo *nuomonėmis* apie bendrąjį gėrį. Man nežinoma jokių gerų argumentų už ar prieš šios rūšies „institucinį" utilitarizmą, tačiau šis dera su mano mintimi, nes teigia, jog orumo ir lygybės pažeidimus turime traktuoti kaip ypatingus moralinius nusikaltimus anapus paprasto utilitarinio pateisinimo horizonto.

timą. Tuomet valdžia negali padaryti nieko kita, kaip tik įvertinti konkuruojančių pretenzijų privalumus ir veikti pagal savo vertinimą. Pirmasis modelis remiasi prielaida, jog „daugumos" teisė yra konkuruojanti teisė, kuri turi būti šiuo būdu subalansuota; tačiau tai, kaip sakiau anksčiau, yra painiojimas, kuris gali sugriauti individualių teisių idėją. Verta pažymėti, jog bendruomenė pirmąjį modelį atmeta toje srityje, kur sprendžiami individui rūpimiausi klausimai, – baudžiamajame procese. Sakome, kad yra geriau į laisvę išleisti labai daug kaltų žmonių negu nubausti vieną nekaltą žmogų, ir šis moralas remiasi antrojo valdžios modelio pasirinkimu.

Antrasis modelis teisės apribojimą vertina daug atsakingiau negu jos išplėtimą, ir jo rekomendacijos kyla iš šio vertinimo. Pagal jį, jeigu teisė yra pripažinta nesudėtingose bylose, valdžia gali ir privalo imtis veiksmų prieš tą teisę tik tuomet, jei nurodoma kokia nors pateisinama priežastis, priežastis, deranti su prielaidomis, kuriomis turi būti grindžiama pirminė teisė *(original right)*. Argumentas suvaržant kartą suteiktą teisę negali būti paprasčiausiai visuomenės mokama papildoma kaina už tos teisės išplėtimą. Ta papildoma kaina turi būti kažkuo ypatinga arba turi egzistuoti kokia nors kita priežastis, kuri pateisintų teiginį, jog nors didelė socialinė kaina yra pirminės teisės apgynimo garantija, ši konkreti kaina nėra būtina. Antraip valdžios vengimas išplėsti teisę rodys, kad jos kartą pripažinta teisė yra apgaulė, pažadas, kurį ji nori tesėti tik tol, kol tai tampa nepatogu.

Kaip, neatšaukdami pirminio teisės pripažinimo, galime įrodyti, jog konkreti kaina yra neverta mokėti? Aš galiu įsivaizduoti tik tris pagrindimo rūšis, kurios galėtų būti nuosekliai naudojamos apriboti tam tikros teisės apibrėžimui. Pirma, valdžia gali parodyti, jog vertybėms, kurias įkūnija pirminės teisės, pavojus negresia arba gresia tik nežymus. Antra, ji galėtų parodyti, kad jeigu apibrėžiama teisė apima kraštutinius atvejus, tai būtų apribota kokia nors konkuruojanti teisė griežtąja prasme, kurią aprašiau anksčiau. Trečia, ji galėtų parodyti, kad jeigu teisė būtų taip apibrėžta, tai kaina visuomenei būtų ne šiaip papildoma, bet būtų tokio dydžio, kuris smarkiai viršytų

kainą, mokamą už pirminės teisės suteikimą, dydžio, pakankamo pateisinti pasikėsinimui į orumą ir lygybę, kad ir koks jis būtų.

Pakankamai paprasta šiuos pagrindimus pritaikyti vienai grupei problemų, susijusių su konstituciniais klausimais, su kuriomis susidūrė Aukščiausiasis teismas. Įstatymo tekstas numatė išimtį pagrįstą sąžinės motyvais *(conscientious objectors)*, tačiau ši išimtis, kaip ją interpretavo šaukimo komisijos, buvo laikoma taikytina tiems, kurie prieštarauja bet kokiems karams dėl religinių motyvų. Jeigu tariame, jog išimtis yra pateisinama tuo pagrindu, kad individas turi moralinę teisę nežudyti, nes žudymas pamintų jo principus, tai kyla klausimas, ar teisinga nepaisyti tų, kurių moralė nėra pagrįsta religija arba kurių moralė yra pakankamai sudėtinga, kad įgalintų suvokti skirtumą tarp karų. Teismas, taikydamas konstitucinę teisę, nutarė, jog šaukimo komisijos buvo neteisios, nepaisydamos pirmųjų prieštaravimų, tačiau pasielgė kompetentingai, netaikydami išimties antriesiems.

Nė vienas iš trijų mano išvardytų pagrindimų politinės moralės požiūriu negali pateisinti nė vieno iš šių atmetimų. Asmeniškumo pažeidimas, kai žmonės verčiami žudyti, nors jie mano, kad žudyti yra amoralu, yra lygiai toks pat didelis, kai šie įsitikinimai yra pagrįsti pasaulietiniu pagrindu arba atsižvelgia į faktą, jog karai skiriasi morališkai reikšmingais būdais, ir nėra jokio reikšmingo skirtumo, ar kalbame apie konkuruojančias teises ar apie nacionaliniu mastu įvestą ypatingąją padėtį. Žinoma, tarp atvejų esama skirtumų, bet jie yra nepakankami perskyrai pateisinti. Valdžia, kuri yra pasaulietinė iš principo, negali teikti pirmenybės religinei moralei nereliginės moralės atžvilgiu. Esama utilitarinių argumentų už tai, kad išimtinumas būtų taikomas tik religiniams arba universaliems pagrindimams – taip apribotą išimtinumą gali būti lengviau administruoti ir jis gali leisti lengviau atskirti sąžiningus pareiškėjus nuo nesąžiningų. Tačiau šios utilitarinės priežastys neturi didelės reikšmės, nes negali būti laikomos pagrindu apriboti teisei.

Kaip dėl įstatymo, draudžiančio riaušes, Čikagos proceso atveju? Ar tas įstatymas įkūnija nederamą žodžio laisvės, tariamai ginamos Pirmojo papildymo, apribojimą? Jeigu šiam klausimui turėtume pri-

taikyti pirmąjį valdymo modelį, argumentas įstatymo, draudžiančio riaušes, naudai atrodytų stiprus. Tačiau jeigu šnekas apie balansavimą atmetame kaip nederamas ir imamės rimtai pagrįsti teisės apribojimą, tuomet argumentas gerokai susilpnėja. Pirminė žodžio laisvės teisė turi reikšti, kad neleisti žmogui išreikšti to, kuo jis nuoširdžiai tiki, ypač klausimais, susijusiais su jo valdymu, tolygu pasikėsinimui į žmogaus asmenybę. Žinoma, įžeidimas yra didesnis, o ne mažesnis, kai jam neleidžiama išreikšti tų politinės moralės principų, kurių jis laikosi aistringiausiai, susidūręs su tuo, ką laiko skandalingais tų principų pažeidimais.

Galima teigti, kad įstatymas, draudžiantis riaušes, palieka jam laisvę išreikšti šiuos principus neprovokuojamu būdu. Tačiau taip neatsižvelgiama į išraiškos ir orumo ryšį. Žmogus negali išreikšti savęs laisvai, išreikšti savo pasipiktinimo arba kai turi atsižvelgti į esamą padėtį išpažindamas savo vertybes. Iš tiesų kai kurių politinių disidentų kalbos šokiruoja daugumą, tačiau dauguma elgiasi arogantiškai, manydami, jog ortodoksalūs išraiškos metodai yra derami būdai kalbėti, nes tai yra vienodo rūpesčio ir pagarbos paneigimas. Jeigu tos teisės *(right)* paskirtis yra apginti disidentų orumą, tai mes turime apie deramą kalbą spręsti turėdami omenyje disidentų asmenybes, o ne „tyliosios" daugumos asmenybę, kuriai įstatymas, draudžiantis riaušes, nėra joks suvaržymas.

Taigi argumentas, jog asmens vertybėms, ginamoms pirminės teisės, gresia mažesnis pavojus šiuo kritiniu atveju, sugriūva. Turime apsvarstyti, ar konkuruojančios teisės arba kokia nors rūsti grėsmė visuomenei vis dėlto pateisina įstatymą, draudžiantį riaušes. Šiuos du pagrindimus galime svarstyti kartu, nes vienintelės pagrįstos konkuruojančios teisės yra teisės būti apsaugotam nuo prievartos, o prievarta šiame kontekste yra vienintelė pagrįsta grėsmė visuomenei.

Aš neturiu teisės sudeginti Jūsų namo arba apmėtyti Jus ar Jūsų automobilį akmenimis, arba mosikuoti dviračio grandine Jums virš galvos, net jeigu manau, kad šie dalykai yra natūralios išraiškos priemonės. Tačiau atsakovai Čikagos procese nebuvo kaltinami tiesiogine prievarta; argumentuojama buvus tikėtina, jog kalbos, kurias jie

planavo, galėjo išprovokuoti kitų prievartos veiksmus – palaikant tai, ką jie kalbėjo, arba iš priešiškumo. Ar tai yra pakankamas pateisinimas?

Klausimas būtų kitoks, jeigu mes bent kiek užtikrintai galėtume pasakyti, kiek ir kokios rūšies prievartos gali padėti išvengti įstatymai, draudžiantys riaušes? Kiek gyvybių per metus jie išsaugos – dvi, du šimtus, du tūkstančius? Du tūkstančius dolerių nuosavybės ar du šimtus tūkstančių, ar du milijonus? Niekas negali pasakyti ne tik dėl to, kad numatyti yra beveik neįmanoma, bet dėl to, kad neturime tvirto supratimo to proceso, kuriame demonstracija virsta riaušėmis, ir konkrečiai to kurstomųjų kalbų vaidmens, kuris skiriasi nuo skurdo, policijos brutalumo, kraujo troškimo ir visų kitų žmogiškųjų ir ekonominių ydų vaidmens. Žinoma, valdžia turi stengtis mažinti gyvybės ir turto naikinimą prievarta, tačiau ji turi pripažinti, kad bet koks mėginimas lokalizuoti ir pašalinti riaušių priežastį, nereorganizuojant visuomenės – tai spekuliacijos, sprendimo proceso ir klydimo pratybos. Savo sprendimus ji turi priimti didelio netikrumo sąlygomis, o rimtai traktuojamas teisių institutas apriboja jos laisvę eksperimentuoti tokiomis sąlygomis.

Tai verčia valdžią atsižvelgti į tai, jog neleisdama žmogui kalbėti ar dalyvauti demonstracijose ji rimtai, giliai jį užgauna, ir tai yra kaina už spekuliatyvią naudą, kurią bet kuriuo atveju galima pasiekti kitais, kad ir brangesniais būdais. Kai teisininkai sako, jog teisės gali būti apribotos siekiant apginti kitas teises arba išvengti katastrofos, jie turi galvoje atvejus, kai priežastis ir pasekmė yra reliatyviai aiški, kaip žinomas pavyzdys žmogaus, sausakimšame teatre melagingai šaukiančio „Gaisras!“

Kita vertus Čikagos istorija rodo, kokios miglotos gali tapti priežastinės sąsajos. Ar Hoffmano arba Rubino kalbos buvo būtina riaušių sąlyga? O gal tūkstančiai žmonių vis tiek būtų atvykę į Čikagą kelti riaušių, kaip valdžia ir tvirtina? Kad ir kaip ten būtų, ar tos kalbos buvo pakankama sąlyga? Gal policija būtų galėjusi išvengti prievartos, jei jie nebūtų taip intensyviai darbavęsi, tą prievartą skatindami, anot Prezidentinės komisijos prievartos aktams tirti narių?

Tai nelengvi klausimai, tačiau jeigu teisės ką nors reiškia, tai valdžia negali paprasčiausiai grįsti prielaidomis veiksmų, pateisinančių jos elgesį. Jeigu žmogus turi teisę kalbėti, jeigu tą teisę pagrindžiančios priežastys taikytinos ir provokuojamai politinei kalbai ir jeigu tokios kalbos įtaka prievartai yra neaiški, tuomet valdžia neturi teisės pirmiausia pamėginti susidoroti su šia problema paneigdama tą teisę. Gali būti, jog žodžio laisvės apribojimas yra mažiausiai sąnaudų reikalaujantis sprendimas arba darantis mažiausiai žalos policijos moralinei būklei, arba populiariausias politiškai. Tačiau šie argumentai yra utilitariniai, tarsi būtų kalbama apie vienokio arba kitokio verslo perspektyvas, o tokius argumentus ignoruoja teisių idėja.

Šią idėją gali sumenkinti paplitęs įsitikinimas, jog politiniai aktyvistai tikisi prievartos ir „kviečia kurti problemas" savo kalbomis. Visuotiniu manymu, vargu ar jie gali skųstis, kai paskelbiami prievartos, kurios jie tikisi, autoriais ir su jais atitinkamai pasielgiama. Tačiau čia vėl susiduriame su teisės turėjimo ir teisingo veiksmo painiojimu, kurį mėginau išaiškinti anksčiau. Kalbėtojo motyvai gali būti svarbūs sprendžiant, ar jis gerai daro aktyviai kalbėdamas apie dalykus, kurie gali sukurstyti arba sukelti auditorijos įniršį. Tačiau jeigu jis turi teisę kalbėti, nes jo žodžio laisvės keliamas pavojus yra spekuliatyvus, tai negali būti laikoma argumento, pateisinančio apribojimą, nepriklausomu įrodymu.

Tačiau kaip yra su individualiomis teisėmis tų, kurie taps riaušių aukomis, praeivio, kuris bus pakirstas snaiperio kulkos, arba parduotuvės, kuri bus sugriauta vandalų, savininko? Šitaip pateikiant klausimą, kaip konkuruojančių teisių klausimą, taikomas principas, panaikinsiąs netikrumo efektą. Ar turime sakyti, kad kai kurios teisės į globą yra tokios svarbios, jog valdžia teisi darydama viską, ką gali, joms išsaugoti? Ar dėl to turėtume sakyti, jog valdžia gali apriboti kitų teises veikti visuomet, kai jų veiksmai gali paprasčiausiai padidinti pavojų, – kad ir kokiu nežymiu ar spekuliatyviu mastu, – jog kokio nors asmens teisė į gyvybę arba nuosavybę bus pažeista?

Kokiu nors panašiu principu remiasi tie, kurie oponuoja neseniems liberaliems Aukščiausiojo teismo potvarkiams dėl policijos procedū-

rų. Šie potvarkiai padidina galimybę kaltą žmogų paleisti į laisvę, taigi ir šiek tiek padidina pavojų, jog bet kuris konkretus bendruomenės narys bus nužudytas, išprievartautas arba apiplėštas. Kai kurie kritikai mano, jog minėti teismo sprendimai dėl to būtinai yra blogi.

Tačiau jokia visuomenė, pretenduojanti pripažinti įvairias teises tuo pagrindu, kad žmogaus orumas arba lygybė gali būti pažeista įvairiais būdais, negali akceptuoti tokio principo. Jeigu žmogaus vertimas duoti parodymus prieš save arba jam taikomas žodžio laisvės draudimas daro žalą, kurią potencialiai daro teisės prieš savikaltą ir laisvo žodžio teisė, tai valstybė paniekintų žmogų teigdama, jog jis turi kęsti šią žalą dėl galimybės šiek tiek sumažinti kitų žmonių žalos pavojų. Jeigu teisės turi prasmę, tai jų svarbos laipsnio skirtumas negali būti toks didelis, kad vienų būtų galima visiškai nepaisyti pripažįstant kitas.

Žinoma, valdžia gali diskriminuoti ir neleisti žmogui pasinaudoti savo žodžio laisve, kai esama aiškaus ir apčiuopiamo pavojaus, jog jo kalba padarys didelę žalą kitam asmeniui arba nuosavybei, o jokių kitų priemonių to išvengti nėra, kaip žmogaus, teatre šaukiančio „Gaisras!“, atveju. Tačiau turime atmesti svarstomą principą, jog valdžia gali paprasčiausiai ignoruoti žodžio laisvę, kai sprendžiamas gyvybės ir nuosavybės klausimas. Tačiau kol kalbėjimo pasekmės kitoms teisėms lieka spekuliatyvios ir menko masto, ji turi ieškoti kitų svertų padėčiai sureguliuoti.

4. KODĖL REIKIA RIMTAI TRAKTUOTI TEISES?

Šios esė pradžioje sakiau norįs parodyti, ką turi daryti valdžia, kuri teigia pripažįstanti individualias teises. Ji turi atsisakyti nuostatos, jog piliečiai niekada neturi teisės pažeisti teisės, ir turi piliečių teisių neapibrėžti taip, kad šios būtų apribotos dėl tariamų bendros gerovės priežasčių. Kiekvienos valdžios atveju pernelyg griežtas pilietinio paklusnumo traktavimas arba kampanija prieš triukšmingą protestą gali būti suvokiamas kaip įkaltis, įrodantis jos nedorumą.

Tačiau taip pat galima kelti klausimą, ar išties išmintinga taip rimtai traktuoti teises? Amerikos genijų, bent jau anot jos pačios legendos, sudaro jos gebėjimas jokios abstrakčios doktrinos neišplėtoti iki jos loginio kraštutinumo. Galimi laikotarpiai, kai reikia nepaisyti abstrakcijų ir visas pastangas verčiau sutelkti siekiant suteikti mūsų piliečių daugumai naują jų valdžios rūpinimosi jų gerove bei jų teisės valdyti padėtį jausmą.

Šiaip ar taip, tai įsitikinimas, kurio, atrodo, laikėsi buvęs viceprezidentas Agnew. Politiniame pareiškime dėl „keistuolių" *(weirdos)* ir socialinių nepritapėlių *(misfits)* jis pasakė, kad liberalų rūpinimasis individualiomis teisėmis yra priešinis vėjas, siūbuojantis valstybės laivą. Tai nevykusi metafora, tačiau jos filosofinė intencija yra labai gerai užčiuopta. Jis pripažino tai, ko nepripažino daugelis liberalų: jog dauguma negali nukeliauti taip greitai ar taip toli kaip pageidauja, jeigu ji pripažįsta individų teises daryti tai, ką, daugumos terminais, yra negerai daryti.

Spiro Agnew manė, kad teisės sėja nesantaiką ir kad nacionalinę vienovę bei naują pagarbą teisei galima įdiegti tik traktuojant jas skeptiškiau. Tačiau jis yra neteisus. Amerika ir toliau liks susiskaldžiusi dėl jos socialinės ir užsienio politikos, o jeigu ekonomikos augimas ir vėl sulėtės, pasidalijimas taps dar nesutaikomesnis. Jeigu norime, kad mūsų įstatymai ir mūsų teisinės institucijos pateiktų grindžiamąsias normas, kuriomis remiantis būtų varžomasi dėl atsakymų į šiuos klausimus, tai šios grindžiamosios normos turi būti ne nugalėtojo teisė, dominuojančios klasės primetama silpnesniajam, kaip, Marxo manymu, būtinai yra su teise kapitalistinėje visuomenėje. Didžiuma teisės – ta dalis, kuri apibrėžia ir įgyvendina socialinę, ekonominę ir užsienio politiką, – negali būti neutrali. Savo didžiausia dalimi ji turi išreikšti daugumos požiūrį į bendrąjį gėrį. Todėl teisių institutas yra lemtingos svarbos, nes reprezentuoja daugumos pažadą mažumoms, jog jų orumas ir lygybė bus gerbiama. Kai susiskaldymas tarp grupių yra pats nuožmiausias, šis gestas turi būti kuo sąžiningiausias, jeigu teisė siekia būti efektyvi.

Institucija iš mažumų reikalauja kredito, nes jų teisių galiojimo

mastas bus kontroversiškas kiekvienąkart, kai jos yra svarbios, ir todėl, kad daugumos pareigūnai veiks pagal savo pačių supratimą apie tai, kokios iš tiesų yra tos teisės. Žinoma, šie pareigūnai nesutiks su daugeliu mažumos reiškiamų pretenzijų. Todėl juolab svarbu, kad jie savo sprendimus traktuotų rimtai. Jie privalo parodyti, kad supranta, kas yra teisės, ir turi nenuslėpti nė vienos iš doktrinos implikacijų. Valdžia neatkurs pagarbos teisei, jei nedarys nieko, kad teisė būtų verta pagarbos. Ji to negali padaryti, jeigu ignoruoja tą vieną bruožą, kuris atskiria teisę nuo brutalaus įsakymo. Jeigu valdžia netraktuoja teisių rimtai, tai ji rimtai netraktuoja ir teisės

8. Pilietinis nepaklusnumas

Kaip valdžia turi elgtis su tais, kurie dėl sąžinės motyvų nepaklūsta išleistiems įstatymams? Daugelis žmonių mano, jog atsakymas yra akivaizdus: valdžia privalo teisiškai persekioti disidentus ir, jeigu jie yra pripažįstami kaltais, privalo juos bausti. Kai kurie žmonės šią išvadą prieina lengvai, nes laikosi primityvaus požiūrio, jog nepaklusnumas dėl sąžinės motyvų yra tas pat, kas neteisėtumas. Jie mano, kad disidentai yra anarchistai, kurie turi būti baudžiami, kol jų kenkėjiškas poveikis nepaplito. Tačiau daugelis teisininkų ir intelektualų tą pačią išvadą prieina remdamiesi tuo, kas iš pažiūros atrodo kaip rafinuotesnis argumentas. Jie pripažįsta, jog nepaklusimas teisei gali būti moraliai pateisinamas, tačiau tvirtina, kad jis negali būti pateisinamas *teisiškai,* ir jie mano, kad iš šito truizmo kyla išvada, jog teisė turi būti įgyvendinta jėga. Buvęs Jungtinių Valstijų teisingumo viceministras, o prieš tai – Harvardo teisės mokyklos dekanas Erwinas Griswoldas atrodo, pritaria šiai pažiūrai. „Teisės esmė yra ta, – pasakė jis, – kad ji vienodai taikoma visiems, kad ji saisto visus vienodai, nepriklausomai nuo asmeninės motyvacijos. Todėl tas, kuris turi pilietinio nepaklusnumo ketinimų, kylančių iš moralinių įsitikinimų, neturėtų būti nustebintas ir privalo nesipiktinti, jog jam dėl jo veiksmų bus pateikti baudžiamieji kaltinimai. Ir jis turi pripažinti faktą, jog organizuota visuomenė negali išlikti jokiu kitokiu pagrindu".

The New York Times sveikino šį teiginį. O tūkstantis fakulteto narių iš kelių universitetų pasirašė *Times* išspausdintą skelbimą, raginantį Teisingumo departamentą panaikinti kaltinimus Williamui Sloane'ui Coffinui, dr. Benjamino Spockui, Marcusui Raskinui, Mit-

chellui Goodmanui bei Michaelui Ferberiui, susimokiusiems advokatauti įvairiems pasikėsinimams į įstatymo autoritetą *(draft offenses)*. *Times* rašė, kad reikalavimas panaikinti kaltinimus „supainiojo moralines teises su teisine atsakomybe".

Tačiau argumentas, jog valdžia turi teisiškai persekioti žmogų, jeigu mano, jog žmogus padarė nusikaltimą, yra daug silpnesnis nei atrodo. Visuomenė „negali išlikti", jeigu ji toleruoja visokį nepaklusnumą; tačiau iš to nedarytina išvada ir nėra įrodymų, kad ji sugrius, jeigu toleruos tam tikrą nepaklusnumą. Jungtinėse Valstijose prokurorai tam tikrais atvejais turi diskreciją spręsti, ar įgyvendinti baudžiamuosius įstatymus. Prokuroras gali pagrįstai nuspręsti nesunkinti kaltinimų, jeigu teisės pažeidėjas yra jaunas arba nepatyręs, arba vienintelis šeimos ramstis, arba gailisi dėl savo poelgio, arba išduoda bendrininkus ir tampa kaltinimo liudytoju, arba jeigu įstatymas yra nepopuliarus arba negalimas įgyvendinti, arba tam įstatymui nepaklūstama masiškai, arba jeigu teismai yra užversti svarbesnėmis bylomis, arba dėl daugybės kitų priežasčių. Ši diskrecija nereiškia, kad jiems viskas leista, – mes iš prokurorų tikimės, jog jie turi rimtų priežasčių diskrecijos realizavimui pagrįsti, – tačiau esama, bent jau *prima facie,* tam tikrų rimtų priežasčių nepersekioti tų, kurie nepaklūsta išleistiems įstatymams dėl sąžinės motyvų. Viena jų yra ta akivaizdi priežastis, jog jie veikia vadovaudamiesi geresniais motyvais negu tie, kurie pažeidžia teisę iš godumo arba troškimo nuversti valdžią. Jeigu šis motyvas gali būti laikomas svarbiu skirstant vagis, tai kodėl jis negali būti svarbus skirstant pažeidžiančius įstatymą dėl to, kad nesutinka su juo? Kita yra praktinė priežastis, ta, jog mūsų visuomenė patirs žalą, jeigu ji nubaus grupę, į kurią įeina – kaip kad nesutinkančių su įstatymu disidentų grupės atveju – kai kurie iš jos pačių lojaliausių ir teisę labiausiai gerbiančių piliečių. Tokių žmonių įkalinimas sustiprina jų susvetimėjimą visuomenės atžvilgiu ir ugdo daugelio panašių į juos susvetimėjimą, nes jie atgrasomi grasinimu. Jeigu praktinės pasekmės, tokios kaip šios, būtų argumentas už tai, kad draudimas nebūtų įgyvendinamas, kodėl negalima manyti, kad jos argumentuoja už sąžinės motyvuojamų pažeidimų toleravimą?

Tie, kurie mano, kad įstatymų pažeidėjai dėl sąžinės motyvų, nesutinkantys su įstatymu, turėtų būti visuomet baudžiami, privalo įrodyti, jog minėtosios priežastys nėra geras pagrindas pasinaudoti diskrecija, arba jie turi surasti priešingų jas nusveriančių priežasčių. Kokių argumentų jos galėtų pasitelkti? Esama praktinių priežasčių, dėl kurių būtina įgyvendinti priimtus įstatymus, ir kai kurias iš jų aš svarstysiu vėliau. Tačiau dekanas Griswoldas ir jam pritariantys, atrodo, remiasi fundamentaliu moraliniu argumentu, kad būtų neteisinga, o ne tik nepraktiška, leisti disidentamas likti nenubaustiems. Kiek suprantu, jie mano, kad tai būtų neteisinga dėl to, jog visuomenė negalėtų funkcionuoti, jei kiekvienas nepaklustų įstatymams, kuriems jis nepritaria arba mano esant sau nenaudingus. Jeigu valdžia toleruoja tuos keletą, kurie „nežais žaidimo", ji leidžia jiems išlaikyti privalumus, kuriuos turi kiekvienas, paklūstantis teisei, neužkraudama atsakomybės naštos, tokios kaip priimtų įstatymų saitai.

Tai rimtas argumentas. Į jį negalima atsakyti paprasčiausiai pasakant, kad disidentai visiems kitiems pripažįsta privilegiją nepaklusti įstatymui, kurį jie laiko nemoraliu. Iš tiesų nedaugelis prieštaraujančiųjų esamiems įstatymams disidentų priimtų pakeistą visuomenę, kurioje nuoširdūs segregacionistai būtų laisvi pažeisti jų nekenčiamus pilietinių teisių įstatymus. Bent jau dauguma nenori tokios permainos, nes mano, kad visuomenei dėl to būtų blogiau; jie tikėsis, kad pareigūnas baus kiekvieną, kuris tariasi turįs privilegiją, kurios egzistavimo jie nepripažįsta bendros naudos dėlei, – kol jiems neįrodoma, kad bausti yra neteisinga.

Tačiau šis argumentas ydingas. Tokiam samprotavime paslėpta prielaida, kuri jį menkina įstatymo ginčijimo bylose ir, tiesą sakant, bet kokiu rimtu pilietinio nepaklusimo atveju Jungtinėse Valstijose. Argumentas daro prielaidą, kad disidentai žino, jog jie kėsinasi į galiojantį įstatymą ir kad privilegija, kurią jie tvirtina, yra privilegija tai daryti. Žinoma, beveik kiekvienas, kuris diskutuoja dėl pilietinio nepaklusnumo, pripažįsta, kad Amerikoje įstatymas gali būti negaliojantis dėl to, kad yra nekonstituciškas. Tačiau kritikai šią situaciją sprendžia remdamiesi atskiromis hipotezėmis: jeigu įstatymas yra

neteisėtas, tai jį pažeisti nėra joks nusikaltimas, ir visuomenė negali bausti. Jeigu įstatymas yra teisėtas, tuomet buvo padarytas nusikaltimas, ir visuomenė turi bausti. Šis samprotavimas slepia tą esminės svarbos faktą, jog dėl teisės teisėtumo galima abejoti. Pareigūnai ir teisėjai gali manyti, kad teisė yra teisėta, disidentai gali nesutikti, ir abi pusės gali turėti įtikinamų argumentų savo pozicijos atžvilgiu. Jeigu taip, tai klausimai yra kitokie negu jie būtų tuo atveju, jeigu teisė būtų akivaizdžiai galiojanti arba akivaizdžiai negaliojanti, ir teisingumo argumentas šioms alternatyvoms nėra nesvarbus.

Ginčytina teisė anaiptol nėra kažkas ypatinga ar egzotiška pilietinio nepaklusnumo bylose. Priešingai. Bent jau Jungtinėse Valstijose beveik kiekvienas įstatymas, kuriam reikšmingas žmonių skaičius bus linkę nepaklusti dėl moralinių priežasčių, būtų ginčytinas, – jeigu ne tiesiog akivaizdžiai neteisėtas, – taip pat ir konstituciniais pagrindais. Konstitucija mūsų konvencinę politinę moralę pripažįsta sprendžiant teisėtumo klausimą; bet koks įstatymas, kuris atrodo aukojąs tą moralę, kelia konstitucinių klausimų, ir jeigu tas susikirtimas su morale yra rimtas, konstitucinės abejonės taip pat bus rimtos.

Ryšys tarp moralinių ir teisinių klausimų buvo ypač ryškus pastarojo dešimtmečio nepaklusimo karo prievolės įstatymui bylose. Nesutikimas tuo laikotarpiu buvo grindžiamas tokiais moraliniais prieštaravimais: (a) Jungtinės Valstijos naudoja amoralius ginklus ir taktiką Vietname. (b) Karui niekada nebuvo pritarta valingu, apgalvotu ir atviru žmonių atstovų balsavimu. (c) Jungtinės Valstijos neturi jokio intereso, kurio likimas būtų sprendžiamas Vietname, intereso, bent kokiu nors mastu prilygstančio tokiam, kuris galėtų pateisinti tam tikros jų piliečių dalies vertimą rizikuoti ten savo gyvybe. (d) Jeigu reikia mobilizuoti ginkluotąsias pajėgas tam karui kariauti, yra nemoralu jas mobilizuoti aktu, kuris privilegijuoja ar daro išimtį kolegijų studentams ir šitaip diskriminuoja ekonomiškai neprivilegijuotuosius. (e) Tas aktas daro išimtį tiems, kurie dėl religinių motyvų prieštarauja visokiems karams, bet ne tiems, kurie moraliniais sumetimais prieštarauja konkretiems karams; nėra esminio skirtumo tarp šių pozicijų, taigi tas aktas, darydamas tokią perskyrą, rodo, kad ant-

roji grupė mažiau verta tautos pagarbos už pirmąją. (f) Įstatymas, kuris kriminalizuoja advokatų, konsultuojančių besipriešinančius įstatymui, praktiką, slopina tuos, kurie oponuoja karui, nes morališkai neįmanoma sykiu ir argumentuoti, jog karas yra didžiai nemoralus, ir neskatinti bei neremti atsisakančiųjų jį kariauti.

Teisininkai pripažins, jog šios moralinės pozicijos, jeigu mes joms pritariame, teikia pagrindą tokiems konstituciniams argumentams: (a) sutartys pagal konstituciją yra šalies teisės dalis, o Jungtinės Valstijos yra tarptautinių konvencijų ir sutarčių dalyvė, anot kurių tokie karo veiksmai, kuriuos, disidentų kaltinimu, vykdo šalis, yra nelegalūs. (b) Konstitucija numato, kad Kongresas turi paskelbti karą; teisinis klausimas, ar mūsų akcija Vietname buvo „karas" ir ar Tonkino Bayaus rezoliucija buvo „karo paskelbimas", yra moralinio klausimo, ar valdžia padarė valingą ir atvirą sprendimą, šerdis. (c) Tiek Penktojo ir Keturioliktojo papildymo tinkamo proceso nuostata, tiek Keturioliktojo papildymo lygios apsaugos nuostata smerkia ypatingą naštą, nustatomą išskirtai piliečių klasei, kai ta našta arba ta klasifikacija yra nepagrįsta; našta yra nepagrįsta, kai nėra akivaizdu, kad ji pasitarnaus viešiesiems interesams arba kai yra visiškai neproporcinga interesui, kuriam tarnauja. Jeigu mūsų akcija Vietname buvo lengvabūdiška arba nepagrįsta, kaip teigė disidentai, tai našta, kurią mes nustatėme akte minimo amžiaus žmonėms, buvo nepagrįsta ir nekonstituciška. (d) Kiekvienu atveju koledžų studentų išskyrimas atėmė iš vargingųjų lygios apsaugos globą, garantuojamą konstitucijos. (e) Jeigu nesama reikšmingo skirtumo tarp religinio prieštaravimo visiems karams ir moralinio prieštaravimo kai kuriems karams, tai klasifikacija, kurią nustatė aktas, buvo savavališka ir neprotinga ir dėl to nekonstituciška. Pirmosios pataisos nuostata dėl „religijos tvirtinimo" draudžia spaudimą valdžios lygiu organizuotos religijos naudai; jeigu akto nustatytas skirstymas buvo taikomas žmonėms, ji buvo negaliojanti ir šiuo požiūriu. (f) Pirmasis papildymas taip pat smerkia žodžio laisvės pažeidimus. Jeigu įstatyminio akto nustatytas advokatavimo draudimas draudė tam tikrų pažiūrų karo klausimu raišką, jis apribojo laisvą žodį.

Principinis kontrargumentas, remiantis požiūrį, jog teismai neturėtų priimto akto skelbti nekonstitucišku, taip pat kelia moralinius klausimus. Pagal vadinamąją „politinio klausimo" doktriną, teismai neleidžia sau jurisdikcijos tam tikrais klausimais, – tokiais kaip užsienio arba karinė politika, – kuriuos spręsti labiau pridera kitiems valdžios padaliniams. Bostono teismas, nagrinėdamas *Coffino* ir *Spocko* bylą, remdamasis šia doktrina pareiškė nesiklausysiąs argumentų dėl karo teisėtumo. Tačiau Aukščiausiasis teismas yra pademonstravęs nenorą (pavyzdžiui, rinkimų apygardų ribų bylose) atsisakyti jurisdikcijos, kai manė, kad sprendžiamas rimčiausių politinės moralės klausimų likimas ir kad neįmanoma rasti jokio sprendimo politinio proceso pagalba. Jeigu disidentai buvo teisūs, ir karas ir akto tekstas buvo didžiai neteisingi valstybiniai nusikaltimai piliečių grupės atžvilgiu, tai argumentas, jog teismai turėjo atsisakyti jurisdikcijos, labai susilpnėja.

Iš šių argumentų negalime daryti išvados, jog akto tekstas (arba bet kuri jo dalis) buvo nekonstituciškas. Kai šis klausimas buvo pateiktas Aukščiausiojo teismo teismui, jis kai kuriuos iš tų argumentų atmetė, o kai kuriuos kitus atsisakė nagrinėti tuo pagrindu, kad jie yra politiniai. Dauguma teisininkų sutiko su šiuo rezultatu. Tačiau nekonstituciškumo argumentai buvo bent jau įtikinami, ir visiškai įmanoma, jog supratingas ir kompetentingas teisininkas manys, kad jie, gerai apsvarsčius, pateikia stipresnę argumentaciją negu kontrargumentai. Jeigu jis taip mano, tai svarstys ir tą galimybę, jog akto teksto būta nekonstituciško, ir niekaip nebus įmanoma įrodyti, kad jis yra neteisus.

Tad svarstydami, kas turėjo būti padaryta su prieštaraujančiaisiais įstatymui, negalime tarti, kad jie tvirtino privilegiją nepaklusti teisėtiems įstatymams. Negalime daryti išvados, kad teisingumas reikalavo juos bausti, kol neatsakome į kitų klausimus: ką pilietis turi daryti, kai įstatymas yra neaiškus ir kai jis mano, kad įstatymas *leidžia* tai, ko, kitų manymu, jis *neleidžia*? Šis mano klausimas, žinoma, ne apie tai, koks veiksmas yra *teisiškai* deramas jo atveju arba kokios yra jo *juridinės* teisės, – tai būtų klausimo atidėjimas, nes

klausimo sprendimas priklauso nuo to, kieno pusėje teisybė – jo ar jų. Aš noriu paklausti, kokio kurso jam kaip piliečiui pridera laikytis, kitaip tariant, ką mes laikytume „žaidimo žaidimu". Tai yra esminės svarbos klausimas, nes negali būti neteisinga jo nebausti, jeigu jis veikia taip, kaip, mūsų manymu, jam ir pridera veikti, jeigu jis laikosi savo pažiūrų[1].

Nėra savaime aiškaus atsakymo, dėl kurio dauguma piliečių noriai sutartų, ir tai savaime reikšminga. Tačiau, įdėmiai pažvelgę į savo teisines institucijas ir praktikas, aptiksime tam tikrų svarbių grindžiamųjų principų ir politinių nuostatų. Išdėstysiu tris galimus atsakymus į tą klausimą ir pamėginsiu parodyti, kuris iš jų geriausiai atitinka mūsų praktikas ir įprastus lūkesčius. Trys galimybės, kurias noriu apsvarstyti, yra šios:

(1) Jeigu įstatymas yra ginčytinas, ir dėl to neaišku, ar jis savo subjektui leidžia elgtis taip, kaip jis ketina pasielgti, šis turi tarti įstatymą esant nepalankiausią ir veikti vadovaudamasis prielaida, kad įstatymas neleidžia to daryti. Jis turi paklusti valdžios institucijoms, kurios jam nurodinėja, nors ir mano, kad jos yra neteisios, ir tuo tarpu pagal galimybes pasinaudoti politiniu procesu, kad įstatymas būtų pakeistas.

(2) Jeigu įstatymas yra ginčytinas, pilietis gali vadovautis savo paties sprendimo galia, t. y. gali elgtis taip, kaip ketina pasielgti, jeigu mano, kad argumentas, jog teisė tai leidžia, yra stipresnis už argumentą, kad ji to neleidžia. Tačiau savo supratimu jis gali vadovautis tik tol, kol autoritetinga institucija, tokia kaip teismas, apsvarsčiusi jo ar kieno kito bylą, nusprendžia kitaip. Kai priimamas institucinis

[1] Nenoriu pasakyti, kad valdžia turėtų visuomet bausti žmogų, kuris valingai pažeidžia įstatymą, žinodamas, jog įstatymas yra galiojantis. Gali būti su teisingumu ar praktiškumu siejamų priežasčių, kaip mano išvardytosios trečioje pastraipoje, dėl kurių nereikia persekioti tokių žmonių. Tačiau tokie atvejai, kaip nepaklusimo karo prievolės įstatymams bylos, teikia ypatingų argumentų tolerancijos naudai; aš noriu susitelkti ties šiais argumentais, todėl šias bylas izoliavau.

sprendimas, jis privalo tam sprendimui paklusti, net jei mano, kad jis neteisingas. (Teoriškai yra daug šios antrosios galimybės porūšių. Galime sakyti, kad individo pasirinkimo galimybė yra pašalinama bet kokio teismo priešingu sprendimu, įskaitant žemiausią sistemos teismą, jeigu dėl bylos neapeliuojama. Arba galime reikalauti kokio nors konkretaus teismo ar institucijos sprendimo. Šią antrąją galimybę dar svarstysiu pačia liberaliausia jos forma, būtent: jog esama galimybės, kad individas, vadovaudamasis savarankišku supratimu, elgiasi deramai, kol priimamas priešingas aukščiausio teismo, kompetentingo spręsti tuo klausimu, sprendimas, – nepaklusimo karo prievolės įstatymui atveju tai buvo Jungtinių Valstijų Aukščiausiasis teismas.)

(3) Jeigu įstatymas yra ginčytinas, pilietis gali vadovautis savo sprendimu netgi po priešingo aukščiausio kompetentingo teismo sprendimo. Žinoma, vadovaudamasis savarankišku teisės reikalavimų supratimu, jis turi turėti omenyje priešingą bet kokio teismo sprendimą. Antraip jo sprendimas nebūtų sąžiningas arba pagrįstas, nes precedento doktrina, kuri užima autoritetingą vietą mūsų teisinėje sistemoje, teismų sprendimams suteikia galią *pakeisti* teisę. Pavyzdžiui, tarkime jog mokesčių mokėtojas mano, kad nereikia mokėti mokesčio nuo tam tikrų pajamų. Jeigu Aukščiausiasis teismas nusprendžia priešingai, mokesčių mokėtojas turėtų atsižvelgti į praktiką teikti didelį svarumą Aukščiausiojo teismo sprendimams mokesčių klausimais ir nuspręsti, jog teismo sprendimas pašalina neaiškumą ir kad įstatymas dabar jau reikalauja mokėti tą mokestį.

Kas nors galėtų manyti, kad šis patikslinimas pašalina skirtumą tarp trečiojo ir antrojo modelio, tačiau taip nėra. Precedento doktrina teikia skirtingą svorį skirtingų teismų sprendimams ir didžiausią svorį Aukščiausiojo teismo sprendimams, tačiau jokio teismo sprendimų nelaiko galutiniais. Kartais net po priešingo Aukščiausiojo teismo sprendimo individas vis dar gali pagrįstai manyti, kad įstatymas yra jo pusėje; tokie atvejai yra reti, tačiau labai tikėtina, kad būtent dėl jų kils su pilietiniu nepaklusnumu susiję ginčai dėl konstitucinės

teisės. Kaip rodo praktika, labiau tikėtina, jog teismas bus linkęs persvarstyti savo ankstesnius sprendimus, jeigu šie riboja svarbias asmenines ir politines teises, o kaip tik šiais sprendimais gali būti nepatenkintas disidentas.

Kitaip tariant, mes negalime tarti, kad konstitucija visuomet yra tai, kas ji yra Aukščiausiojo teismo manymu. Pavyzdžiui, savo garsiojoje atskiroje nuomonėje *(dissent) Gitlow* byloje Oliveris Wendellis Holmesas nesilaiko tokios normos. Ankstesnėje *Abrams* byloje prieš keletą metų jis buvo pralaimėjęs mūšį, kuriame siekė įrodyti teismui, jog Pirmoji pataisa gina anarchistą, kursčiusį visuotinius streikus prieš valdžią. Panašiai klausimas buvo formuluojamas *Gitlow* byloje, ir Holmesas vėl turėjo atskirą nuomonę *(dissented)*. „Iš tiesų, – sakė jis, – mano supratimu, [*Abrams* byloje] nuo šio kriterijaus buvo nutolta, tačiau įsitikinimai, kuriuos išreiškiau toje byloje, yra pernelyg gilūs, kad dabar jau galėčiau manyti, jog toji teisės problema yra išpręsta". Holmesas balsavo už Gitlow išteisinimą remdamasis tuo, jog tai, ką Gitlow padarė, nebuvo nusikaltimas, nors Aukščiausiasis teismas buvo neseniai nutaręs, kad tai būta nusikaltimo.

Taigi tokie yra trys galimi disidentų, nesutinkančių su vykdomąją galią turinčiomis valdžios institucijomis, elgesio modeliai, kai teisė yra ginčijama. Kuris iš jų geriausiai atitinka mūsų teisines ir socialines praktikas?

Manau, aišku, jog mes nesivadovaujame pirmuoju iš šių modelių, t. y. nesitikime, kad piliečiai remsis blogiausia – visiško nepalankumo – prielaida. Jeigu joks teismas neišsprendė klausimo, ir žmogus mano, jog, atsižvelgiant į viską, teisė yra jo pusėje, tai, daugumos mūsų teisininkų ir kritikų manymu, jis elgsis visiškai deramai, jei vadovausis savo sprendimu. Net kai daugelis nepritaria tam, ką jis daro – pavyzdžiui, jeigu platina pornografiją, – jie nemano, kad jis turi liautis tik dėl to, kad jo elgesio teisėtumas yra abejonės objektas.

Verta akimirką stabtelėti ir pasvarstyti, ko visuomenė netektų, jeigu vadovautųsi pirmuoju modeliu arba, formuluojant šį klausimą kitaip, ką visuomenė laimi, kai žmonės remiasi savarankišku sprendimu tokiais atvejais kaip šis. Kai teisė yra neaiški, ta prasme, kad

teisininkai gali pagrįstai nesutarti dėl to, ką turėtų nutarti teismas. priežastis paprastai yra skirtingų teisės principų ir politinių nuostatų kolizija, ir yra neaišku, kaip geriausiai suderinti tarpusavyje tuos konfliktuojančius principus ir politines nuostatas.

Mūsų praktika, kurioje skirtingos šalys yra skatinamos laikytis savojo supratimo, sudaro geras sąlygas išbandyti atitinkamas hipotezes. Jeigu klausimas yra tas, ar tam tikra norma turėtų tam tikrų nepageidautinų pasekmių, arba tas, ar tų pasekmių padariniai būtų riboti ar rimti, tai sprendžiant šį klausimą, naudinga suprasti, kas iš tikrųjų atsitinka, kai žmonės veikia remdamiesi ta norma. (Didžioji dalis antitrestinės ir verslą reguliuojančios teisės buvo plėtojama tokios rūšies testavimu.) Jeigu klausimas yra tas, ar tam tikras sprendimas pažeis, ir kokiu mastu, bendruomenės labai gerbiamus teisingumo ar sąžiningo žaidimo principus, tai ir tuomet naudinga paeksperimentuoti tikrinant bendruomenės reakciją. Pavyzdžiui, bendruomenė niekuomet nebūtų tapusi tokia abejinga įstatymams, draudžiantiems kontracepciją, jeigu kai kurios organizacijos nebūtų valingai pažeidinėjusios tų įstatymų.

Jeigu būtų vadovaujamasi pirmuoju modeliu, prarastume šių testų privalumus. Teisė nukentėtų, ypač jeigu šis modelis būtų pritaikytas konstituciniams klausimams. Kai abejojama dėl baudžiamojo įstatymo teisėtumo, įstatymas beveik visada kai kuriems žmonėms atrodys neteisingas arba neteisiškas, nes kirsis su kokiu nors laisvės arba teisiškumo, arba teisingumo principu, kurį jie laiko konstitucijoj įtvirtintu principu. Jeigu savo praktikoje visuomet, kai įstatymas yra ginčijamas šiais pagrindais, privalėtume elgtis taip, tarsi jis būtų teisėtas, prarastume galimybę kvestionuoti teisę moraliniais pagrindais, o ilgainiui tas įstatymas, kuriam buvome paklusnūs, tikrai taptų ne toks teisingas ir teisiškas, ir mūsų piliečių laisvė tikrai sumenkėtų.

Beveik tiek pat prarastume, jeigu naudotume pirmojo modelio variantą, pagal kurį pilietis turi laikyti įstatymą nepalankiausiu, jei negali numatyti, jog teismai sutiks su jo požiūriu į teisę. Jei visi spėliotų, kaip pasielgtų teismai, ir vadovautųsi savo spėjimais, visuomenė ir jos teisė būtų skurdesnė. Mūsų prielaida, kuria rėmėmės atmes-

dami pirmąjį modelį, buvo ta, kad piliečio, besivadovaujančio savo sprendimu, argumentai, kuriais jis pagrindžia sprendimą, yra vertinga medžiaga ieškant optimalaus teisminio sprendimo. Tai galioja net tuo atveju, jei tuo metu, kai pilietis veikia, teisme jo galimybės nėra didelės. Be to, turime nepamiršti, jog šio piliečio pavyzdys nepraranda savo vertės, vos tik priėmus sprendimą. Mūsų praktika reikalauja, kad sprendimas būtų kritikuojamas profesionalių teisininkų ir teisės mokyklų, o prieštaraujantys argumentai jiems gali turėti neįkainojamą vertę.

Žinoma, žmogus, spręsdamas, ar išmintinga būtų vadovautis savo sprendimu, turi apsvarstyti, kaip pasielgs teismai. Jam gali tekti būti įkalintam, subankrutuoti arba užsitraukti nešlovę, jeigu jis įvykdys savo sprendimą. Tačiau esmingai svarbu šiuos išmintingus apsvarstymus atskirti nuo klausimo, ką jam, kaip geram piliečiui, derėtų daryti. Mes aiškinamės, kokia turėtų būti visuomenės laikysena jo atžvilgiu, jeigu jos teismai laiko jo sprendimą neteisingu; todėl turime paklausti, koks jo elgesys yra pateisinamas, kai jo supratimas skiriasi nuo kitų supratimo. Klausimą ignoruotume, tardami, jog tai, ką jam galbūt derėtų daryti, priklauso nuo jo įsivaizdavimo, kaip jį traktuos visuomenė.

Taip pat turime atmesti antrąjį modelį, anot kurio, jeigu įstatymas yra neaiškus, piliečio elgesys, paremtas jo savarankišku sprendimu, gali būti deramas, kol aukščiausias iš teismų nenustato, jog jis yra neteisus. Čia ignoruojamas tas faktas, jog bet kuris teismas, taip pat ir Aukščiausiasis, gali persvarstyti savo sprendimus. 1940 metais Aukščiausiasis teismas nusprendė, jog Vakarų Virdžinijos teisė, reikalaujanti, kad mokiniai sveikintų Vėliavą, buvo konstituciškas. 1943 metais jis buvo paneigtas nusprendžiant, kad toks įstatymas vis dėlto yra nekonstituciškas. Kokia buvo pilietinė pareiga tų žmonių, kurie 1941 ir 1942 metais dėl sąžinės motyvų prieštaravo Vėliavos sveikinimui ir manė 1940 metų teismo sprendimą buvus neteisingą? Vargu ar galime sakyti, kad jų pareiga buvo paklusti pirmajam sprendimui. Jie manė, kad Vėliavos sveikinimas buvo nesuderinamas su sąžine, taip pat jie manė, ir pagrįstai, kad joks galiojantis įstatymas iš jų

nereikalavo to daryti. Aukščiausiasis teismas vėliau nusprendė, kad taip manydami jie buvo teisūs. Teismo sprendimas reiškė ne tik tai, jog po antrojo sprendimo Vėliavos nepasveikinimas nebus laikomas nusikaltimu; jis reiškė (kaip kad reikštų beveik visuomet tokiais kaip šis atvejais), jog tai nebuvo nusikalstamas dalykas ir po pirmojo sprendimo.

Kai kas sakys, kad prieštaravusieji Vėliavos sveikinimui turėjo paklusti pirmajam teismo sprendimui, kol siekė, kad įstatymų leidėjas panaikintų įstatymą, ir jo iš tikrųjų nepažeisti, kol bandė rasti kokį nors būdą kvestionuoti įstatymą per teismus. Tai galėtų būti įtikinamas argumentas, jeigu nebūtų paremtas sąžine, nes tuomet būtų įmanoma argumentuoti, jog nauda, gaunama drausmingos procedūros keliu, yra verta asmeninės kantrybės aukos. Tačiau argumentas buvo paremtas sąžine ir jeigu disidentai būtų paklusę įstatymui, laukdami savo valandos, jie būtų patyrę nepataisomą skriaudą, nes būtų darę tai, ką daryti jiems draudžia sąžinė. Viena teigti, kad individas kartais turi nusižengti savo sąžinei, kai žino, jog įstatymas liepia jam taip pasielgti. Visai kas kita sakyti, kad jis privalo nusižengti savo sąžinei, nors pagrįstai mano, jog įstatymas to nereikalauja, privalo, nes jo bendrapiliečiams kiltų nepatogumų, jeigu jis griebtųsi tiesiausio ir galbūt vienintelio metodo, kad įrodytų, jog jis yra teisus, o jie – neteisūs.

Kadangi teismas gali atšaukti savo ankstesnius sprendimus, tos pačios mūsų išvardytos priežastys, verčiančios atmesti pirmąjį modelį, galioja ir kaip argumentas prieš antrąjį. Jei nebūtų prieštaravimo spaudimo – nebūtų dramatiško konstatavimo, jog teismo sprendimas prieš disidentą yra labai neteisingas, o tai tikrai svarbu – kaip faktas – sprendžiant klausimą, ar jis buvo teisingas. Mes padidintume tikimybę, jog pasiduodame normų, pažeidžiančių principus, kuriems pretenduojame tarnaują, diktatui.

Šie motyvai, manyčiau, mus verčia atsisakyti antrojo modelio, tačiau bus norinčių jį pakeisti panašiu variantu. Jie tvirtins, jog jeigu Aukščiausiasis teismas nusprendė, kad baudžiamasis įstatymas yra teisėtas, tai piliečiai turi pareigą paklusti tam sprendimui, jeigu jie nėra pagrįstai įsitikinę ne tik tuo, jog tas sprendimas yra blogas, bet

ir tuo, kad yra tikėtina, jog Aukščiausiasis teismas jį panaikins. Taip žiūrint, Vakarų Virdžinijos disidentai, kurie 1942 metais atsisakė sveikinti Vėliavą, elgėsi deramai, nes pagrįstai galėjo tikėtis, kad teismas persigalvos. Tačiau jeigu jau teismas paskelbė įstatymus, tokius kaip karo prievolės įstatymai, esant konstituciškus, nederėtų ir toliau tų įstatymų kvestionuoti, nes nelabai tikėtina, kad teismas greitai persigalvotų. Tačiau ir šią galimybę reikia atmesti. Mat jeigu jau teigiame, kad pilietis gali būti teisus, vadovaudamasis savo paties teisės vertinimu, nepaisydamas savo manymo, jog teismai greičiausiai jam bus nepalankūs, nėra jokios įtikinamos priežasties, kodėl jis turėtų elgtis kitaip dėl to, kad priešingas sprendimas jau yra paskelbtas.

Tad teisingiausias žmogaus visuomeninės pareigos mūsų bendruomenėje nusakymas, atrodo, esąs trečiasis modelis ar modelis, panašus į jį. Piliečio lojalumas yra lojalumas teisei, o ne kokio nors konkretaus asmens pažiūrai į tai, kas yra teisė, ir jis nesielgia neteisingai, kol veikia pagal savo apsvarstytą ir pagrįstą įsitikinimą, ko reikalauja teisė. Tegu man bus leista pakartoti (nes tai lemiamos reikšmės dalykas), jog tai nėra tolygu teiginiui, kad individas gali nepaisyti to, ką pasakė teismai. Precedento doktrina glaudžiai susijusi su mūsų teisinės sistemos esme, ir niekas negali pagrįstai teigti, kad stengiasi vadovautis teise, jeigu nepripažįsta teismams bendrosios galios savo sprendimais keisti teisę. Tačiau jeigu pažeidžiamos fundamentalios asmeninės ar politinės teisės ir įmanoma argumentuoti, jog Aukščiausiasis teismas padarė klaidą, žmogus neviršija savo socialinių teisių, atsisakydamas priimti tą sprendimą kaip galutinį.

Prieš pritaikant šiuos pastebėjimus prieštaravimo įstatymui dėl šaukimo į karinę tarnybą problemoms, lieka atsakyti į vieną platų klausimą. Aš kalbėjau apie atvejį žmogaus, kuris mano, kad teisė yra ne tai, kas ji yra kitų žmonių manymu, arba ne tai, ką skelbia teismai. Šis aprašymas gali tikti kai kuriems iš tų, kurie įstatymams dėl šaukimo į karinę tarnybą nepaklūsta dėl sąžinės motyvų, tačiau jo negalima pritaikyti daugumai jų. Dauguma disidentų nėra teisininkai ar politikos filosofai; jie mano, kad priimtieji įstatymai yra nemoralūs ir nesuderinami su jų šalies teisės idealais, tačiau nesvarsto klausimo,

ar jie gali būti taip pat ir neteisėti. Tad kiek svarbi jų situacijai nuostata, jog gali būti derama vadovautis savo požiūriu į teisę?

Kad atsakyčiau, turėsiu grįžti prie ankstesnės savo minties. Konstitucijos tinkamo proceso nuostata, Lygios apsaugos nuostatos Pirmasis papildymas bei kitos minėtos nuostatos turi didelę reikšmę sprendžiant klausimą, ar įstatymas yra teisėtas. Teiginį, jog dauguma prieštaraujančiųjų šaukimo į karinę tarnybą įstatymui nesuvokia, kad tas įstatymas yra neteisėtas, būtina patikslinti. Jie laikosi nuomonės, kuri – jeigu ji nuoširdi – tvirtai remia nuomonę, jog teisė yra jų pusėje; tolesnių išvadų trūkumą galima pateisinti dauguma atvejų – su teisinio pasirengimo stoka. Jeigu manome, kad kai teisė yra ginčytina, žmonių, kurie vadovaujasi savo pačių teisės vertinimu, elgesys gali būti deramas, atrodytų neteisinga netaikyti šio principo disidentams, kurie taip pat tai daro. Jokia mano argumentacijos už trečiąjį modelį dalis neišskiria jų ir daugiau išmanančių jų kolegų.

Galime padaryti keletą preliminarių išvadų iš ligi šiol plėtoto argumento: kai teisė yra neaiški, ta prasme, kad įmanoma pateikti įtikinamą argumentaciją iš abiejų šalių pozicijų, pilietis, kuris vadovaujasi savo paties sprendimu, nesielgia neteisingai. Mūsų praktikos leidžia ir skatina jį tokiais atvejais vadovautis savo sprendimu. Todėl mūsų valdžia turi išskirtinę atsakomybę, įpareigojančią ją stengtis jį apginti ir sušvelninti jo padėtį visuomet, kai ji gali tai padaryti be didelės žalos kitoms politinėms nuostatoms. Iš to nedarytina išvada, kad valdžia jam gali garantuoti neliečiamybę, – ji negali priimti normos nepersekioti nė vieno, kuris veikia iš sąžinės paskatų, arba nebausti laisvės atėmimu nė vieno, kuris pagrįstai nesutinka su teismais. Tai apribotų valdžios galias įgyvendinti savo politines nuostatas; negana to, būtų neįmanoma pati svarbiausia nauda, kurią teikia vadovavimasis trečiuoju modeliu. Jeigu valstybė niekuomet netaikytų teisinio persekiojimo, teismai negalėtų veikti remdamiesi patirtim, taip pat remdamiesi argumentais, kuriuos pagimdo prieštaravimas. O išvada yra ta, kad kai praktinės priežastys, dėl kurių reikia taikyti teisinį persekiojimą konkrečiu atveju, yra reliatyviai silpnos arba jeigu tą klausimą įmanoma spręsti kitais būdais, teisingumo ke-

lias yra tolerancija. Populiari nuomonė, kad įstatymas yra įstatymas ir visuomet turi būti įgyvendinamas, neatsižvelgia į skirtumą tarp žmogaus, kuris veikia remdamasis savo sprendimu dėl ginčytinos teisės, taigi elgiasi kaip numato mūsų praktikos, ir paprasto nusikaltėlio. Aš nežinau jokios priežasties, išskyrus moralinį aklumą, dėl kurios iš principo reikėtų neišskirti šių dviejų atvejų.

Įsivaizduoju filosofinį prieštaravimą šioms išvadoms: esą aš teisę traktuoju kaip „visur esančią dangišką galybę". Aš kalbėjau apie žmones, darančius sprendimus dėl to, ko reikalauja teisė, net tais atvejais, kai teisė yra neaiški ir neįrodoma. Aš kalbėjau apie atvejus, kai žmogus gali manyti, jog teisė reikalauja vieno, nors Aukščiausiasis teismas pasakė, kad ji reikalauja ko kito, net tuo atveju, jei nebuvo tikėtina, jog Aukščiausiasis teismas greitai persigalvos. Todėl būsiu kaltinamas požiūriu, kad į teisinę problemą visuomet esama „teisingo atsakymo", kurio reikia ieškoti natūralioje teisėje arba kuris yra paslėptas kokioje nors transcendentinėje saugykloje.

Žinoma, teisės kaip saugyklos teorija *(strongbox theory of law)* yra nesąmonė. Sakydamas, kad žmonės laikosi savų pažiūrų į teisę, kai teisė yra ginčytina, ir kad šios pažiūros yra ne vien spėjimai to, ką manys teismai, neturiu galvoje tokios metafizikos. Aš tik noriu kiek galima tiksliau apibendrinti daugelį iš tų praktikų, kurios sudaro mūsų teisės proceso dalį.

Teisininkai ir teisėjai skelbia teiginius apie juridinę teisę ir pareigą net tada, kai žino, kad šie yra neįrodomi, ir paremia juos argumentais, net kai žino, jog šie argumentai nebus autoritetingi kiekvienam. Šiuos argumentus jie pateikia vienas kitam profesiniuose žurnaluose, akademinėse auditorijose ir teismuose. Jie atsako į šiuos argumentus, kai juos pateikia kiti, vertindami juos kaip gerus, blogus arba vidutiniškus. Taip darydami, jie daro prielaidą, jog kai kurie argumentai duotosios abejotinos pozicijos naudai yra geresni už kitus. Jie taip pat taria, jog argumentacija vienoje iš ginčytiną teiginį argumentuojančių pusių gali būti stipresnė negu argumentacija kitoje, ir kaip tik tai aš vadinu teisine pretenzija ginčytinu atveju. Jie be

didesnio vargo atskiria šiuos argumentus nuo spėliojimų apie tai, ką nuspręs teismai.

Teorija, jog sprendimai dėl teisės ginčytinais klausimais yra nesąmonė arba tėra tik spėliojimai, ką darys teismai, prastai atspindi tas praktikas. Tie, kurie laikosi tokių teorijų, negali paneigti šių praktikų egzistavimo; veikiau šie teoretikai turi galvoje tai, jog tos praktikos yra nejautrios, nes grindžiamos netikusiomis prielaidomis, arba dėl kokios kitos priežasties. Tačiau tai jų priekaištą daro paslaptingą, nes jie niekuomet neatskleidžia, ką jie laiko šias praktikas grindžiančiais tikslais; o kol šie tikslai nesukonkretinami, neįmanoma nuspręsti, ar tos praktikos yra jautrios. Aš jau išdėsčiau, kaip suprantu šiuos grindžiamuosius tikslus: teisės plėtotė ir tikrinimas piliečių eksperimentavimui ir agonistiniu *(adversary)* procesu.

Mūsų teisinė sistema šių tikslų siekia skatindama piliečius savarankiškai arba per savo advokatus spręsti dėl teisinių argumentų privalumų ir trūkumų ir veikti remiantis tais sprendimais, nors šį leidimą ir patikslina ta ribota grėsmė, jog jie gali nukentėti, jeigu teismai manys kitaip. Šios strategijos sėkmė priklauso nuo to, ar bendruomenė pakankamai sutaria dėl to, kas laikytina geru arba blogu argumentu, ar sutariama tiek, kad nors skirtingi žmonės prieis skirtingus sprendimus, šie skirtumai nebus nei tokie gilūs, nei tokie dažni, kad sistemą padarytų nefunkcionalią arba pavojingą tiems, kurie veikia, vadovaudamiesi savarankiška nuovoka *(by their own lights)*. Manau, kad esama pakankamo sutarimo dėl argumentacijai taikytinų kriterijų, ir jis įgalina išvengti šių spąstų, nors atskleisti ir išaiškinti šiuos kriterijus yra viena iš pagrindinių teisės filosofijos užduočių. Šiaip ar taip, dar nebuvo parodyta, kad minėtosios praktikos yra klaidingos; todėl į jas turi būti atsižvelgiama nustatant, ar teisinga ir dora būti atlaidiems tiems, kurie nusižengia tam, kas kitų manymu yra teisė.

Aš sakiau, kad valdžia turi išskirtinę atsakomybę atžvilgiu tų, kurie veikia protingo sprendimo, jog įstatymas yra neteisėtas, motyvais. Ji turėtų sudaryti jiems galimybes, kiek įmanoma platesnes, kai tai dera su kitomis politinėmis nuostatomis. Gali būti sunku nuspręsti, ką apeliuodama į šią atsakomybę valdžia turi daryti konkrečiais at-

vejais. Sprendimas reikalaus balansavimo, ir vien tik normos čia nepadės. Vis dėlto kai kuriuos principus galima pateikti.

Pradėsiu nuo prokuroro sprendimo pateikti ar ne formalius kaltinimus. Jis turi išlaviruoti tarp savo atsakomybės būti atlaidžiam ir pavojaus, jog įsitikinimai suskaldys visuomenę, turėdamas omenyje žalą teisės politikai, žalą, kurią jis gali lemti, jeigu nekreips dėmesio į disidentus. Apskaičiuodamas jis turi atsižvelgti ne tik į kitų patirsimos žalos mastą, bet ir į tai, kaip teisė vertina tą žalą; todėl jis turi daryti štai koki skirtumą. Kiekviena teisės norma įkūnija ir, kaip manoma, pateisinama komplekso politinių nuostatų, kurių įgyvendinimą ji turi skatinti, ir principų, kuriuos ji turi puoselėti. Kai kurios normos (pavyzdžiui, įstatymai, draudžiantys žudyti ir vogti) įkūnija nuostatas, kad ginamieji individai turi moralinę teisę nepatirti neteisėtos žalos. Kitų normų (pavyzdžiui, labiau techninių antitrestinių normų) nepagrindžia jokia prielaida ar teisė *(right);* jų pagrindą daugiausiai sudaro tariamas jų įgyvendinamų ekonominių ir socialinių politinių nuostatų naudingumas. Šias gali papildyti moraliniai principai (tokie kaip įsitikinimas, kad verslo praktika, kai prekiaujama mažesnėmis kainomis, nei gali sau leisti silpnas konkurentas, yra žiauri), tačiau jų įtaka nėra tokia didelė, kad pripažintų moralinę teisę, ginančią nuo aptariamosios žalos.

Šis išskyrimas reikalingas dėl to, kad jeigu konkreti teisės norma atspindi oficialų sprendimą, jog individai turi moralinę teisę nepatirti kokios nors žalos, tai šitai yra stiprus argumentas prieš tą skriaudą keliančių pažeidimų toleravimą. Pavyzdžiui, įstatymai, saugantys žmones nuo asmeninės skriaudos arba jų nuosavybės naikinimo, tikrai atspindi tokį sprendimą, ir tai yra labai stiprus argumentas prieš pilietinio nepaklusnumo, susijusio su prievarta, toleravimą.

Žinoma, galima ginčytis dėl to, ar teisė remiasi moralinės teisės *(right)* prielaida. Galima klausti, ar protinga manyti, atsižvelgiant į teisės šaltinių kontekstą ir jos administravimą, kad jos autoriai pripažino tokią teisę. Kad jie tokią teisę pripažino, aišku ne tik prievartą draudžiančių normų atveju; geras pavyzdys – pilietinių teisių įstatymai. Daugelis nuoširdžių ir aistringų segregacionistų mano, kad

pilietinių teisių įstatymai ir sprendimai dėl jų yra nekonstituciški, nes pamina vietinės savivaldos ir susibūrimų laisvės principus. Šiai nuomonei galima rasti argumentų, bet ji nėra įtikinama. Kita vertus šie įstatymai ir sprendimai aiškiai įkūnija nuomonę, jog juodaodžiai kaip individai turi teisę nebūti segreguoti. Jie remiasi ne tik sprendimu, jog rasinės segregacijos prevencija geriausiai realizuoja kitas nacionalines politines nuostatas. Tad jeigu nesiimame jokių veiksmų prieš žmogų, kuris užblokuoja mokyklos pastato duris, pažeidžiame teisėje įtvirtintas moralines teises moksleivės, kuriai jis užstoja kelią. Atlaidumas negali prieiti prie tokių kraštutinumų.

Tačiau moksleivės pozicija skiriasi nuo šauktinio kaip įstatymo subjekto *(draftee)* pozicijos, kuris gali būti pašauktas į kariuomenę anksčiau arba jam gali tekti pavojingesnis postas, jeigu šaukimo į karinę tarnybą įstatymo pažeidėjai yra nebaudžiami. Negalima teigti, kad šaukimo į karinę tarnybą įstatymai, kaip visuma, turint omenyje jų administravimą, atspindi sprendimą, jog žmogus turi moralinę teisę būti pašauktas pagal įstatymą tik po to, kai buvo pašaukti tam tikri kiti žmonės ar grupės. Šaukimo į karinę tarnybą įstatymo teikiamos klasifikacijos ir tose klasifikacijose nustatyta šaukimo tvarka viduje yra sudaromos socialiniam ir administraciniam patogumui. Jie atspindi ir teisingumo sumetimus, kaip kad ta nuostata, jog motina, kuri neteko kare vieno iš dviejų sūnų, neturi būti pasmerkiama pavojui netekti ir antrojo. Tačiau jie nenumato jokių pastovių teisių. Šaukimo komisijoms suteikiama nemaža kompetencija klasifikuojant, o kariuomenė, žinoma, turi beveik visišką galią skirti pavojingas pareigas. Jeigu prokuroras toleruoja šaukimo į karinę tarnybą įstatymo pažeidėjus, jis nežymiai iškreipia teisingumo ir naudos balansavimą, kuriais remiasi teisė. Tai gali būti nenaudinga kitiems šauktinių kontingento atstovams, tačiau šitai nėra tolygu jų moralinių teisių neigimui.

Šis skirtumas tarp segregacijos ir šaukimo į karinę tarnybą įstatymų *(draft)* nėra tik įstatymų atsitiktinumo pasekmė. Tai prieštarautų šimtametei praktikai, besiremiančiai nuomone, kad piliečiai turi moralinių teisių tvarkos, pagal kurią jie yra šaukiami tarnauti, atžvilgiu;

pavyzdžiui, su ta prielaida nesuderinamas loterijos principas per atranką. Jeigu mūsų istorija buvo kitokia ir jeigu bendruomenė pripažino tokią moralinę teisę, atrodo teisinga tarti, jog bent jau kai kurie iš prieštaraujančiųjų šaukimo į karinę tarnybą įstatymui būtų pakeitę savo veiksmus, kad pamėgintų šias teises gerbti. Taigi neteisinga prieštaravimo šaukimo į karinę tarnybą įstatymams atvejus analizuoti tokiu pačiu būdu kaip prievartos ar pilietinių teisių atvejus, kaip daro daugelis kritikų svarstydami, ar toleravimas yra pateisinamas. Aš nenoriu pasakyti, kad teisingumas kitų atžvilgiu yra nesvarbus prieštaravimo šaukimo į karinę tarnybą įstatymui atvejais; jo turi būti paisoma, ir reikia siekti jo balanso teisingumo, taikomo disidentams, atžvilgiu bei ilgalaikės naudos visuomenei atžvilgiu. Tačiau čia jis nevaidina lemiamo vaidmens, kurį jis vaidina, kai sprendžiamos teisės.

Tad kas yra teisingumo ir naudos balansas advokatų, konsultavusių besipriešinančius šaukimo į karinę tarnybą įstatymui, atveju? Jeigu šie žmonės būtų skatinę prievartą ar kitaip nusižengę kitų teisėms, jų teisinis persekiojimas būtų turėjęs rimtą pagrindą. Tačiau nesant tokių veiksmų, teisingumo ir naudos balanso kelias, mano rodos, yra kitas, todėl manau, kad sprendimas persekioti Coffiną, Spocką, Raskiną, Goodmaną ir Ferberį buvo neteisingas. Buvo galima argumentuoti, kad jeigu tie, kurie konsultuoja besipriešinančius šaukimo į karinę tarnybą įstatymui, yra laisvi nuo persekiojimo, skaičius tų, kurie priešinasi šaukimui į karinę tarnybą, išaugs; tačiau, manau, labai nesiskirs nuo skaičiaus tų, kurie bet kokiu atveju priešintųsi.

Jeigu tai neteisinga ir esama kur kas didesnio pasipriešinimo, tai šio atkaklaus nepasitenkinimo jausmas yra svarbus politikos formuotojams, ir jis neturėtų būti nuslėptas uždraudžiant žodžio laisvę. Esminis veiksnys čia yra sąžinė – vargu ar galima manyti, jog daugelis, kurie palaikė pasipriešinimą, darė tai remdamiesi kokiais nors kitais motyvais. Argumentai, jog įstatymai, kurie teisinį konsultavimą padaro nusikaltimu, yra nekonstituciški, – yra stiprūs; net tie, kuriems šie argumentai neatrodo įtikinami, pripažins, kad jie yra turiningi. Hipotetinė žala potencialiems šauktiniams – tiek tiems, kurie galėjo būti įtikinti, kad reikia priešintis, tiek tiems, kurie galėjo būti pa-

šaukti anksčiau dėl to, kad kiti buvo įtikinti priešintis, – buvo nereikšminga ir spekuliatyvi.

Atvejai tų žmonių, kurie pašaukti atsisakė tarnauti, yra sudėtingesni. Esminės reikšmės klausimas yra tas, ar nepersekiojimas skatins visuotinį atsisakymą tarnauti. Galimas dalykas, kad ne – būta socialinių spaudimų, įskaitant grėsmę karjerai, kurie daugelį jaunų amerikiečių būtų privertę tarnauti, jei yra pašaukiami, net jei būtų žinoję, kad jiems atsisakius nebūtų baudžiami laisvės atėmimo bausmėmis. Jeigu jų nebūtų labai padaugėję, tai valstybė turėjo nekliudyti disidentų, ir aš nemanau, kad bet kokios formos persekiojimo atidėjimas, kol tokios politikos efektas taps aiškesnis, gali sukelti kokią nors didelę žalą. Jeigu atsisakiusiųjų tarnauti skaičius pasirodytų didelis, šitai būtų argumentas už persekiojimą. Tačiau sykiu problema įgytų akademinį pobūdį, mat jeigu nesutarimo būta pakankamo tam, kad būtume priversti leisti tokį dalyką, tai karą šiaip ar taip būtų labai sunku kariauti, nebent režimas būtų beveik totalitarinis.

Gali atrodyti, kad šios išvados yra paradoksalios. Anksčiau tvirtinau, jog kai teisė yra neaiški, piliečiai turi teisę vadovautis savo pačių sprendimu, ir tai sakiau iš dalies remdamasis tuo, jog ši praktika padeda suformuluoti klausimus teisėjavimui; dabar aš siūlau kursą, kuris eliminuoja ar atideda teisminį procesą. Tačiau čia tik iš pažiūros esama prieštaravimo. Iš to, jog mūsų praktika palengvina teisėjavimą ir daro jį naudingesnį teisės plėtojimo požiūriu, negalima daryti išvados, kad teismas yra neišvengiamas visuomet, kai piliečiai veikia vadovaudamiesi savarankišku supratimu. Kiekvienu tokiu atveju kyla klausimas, ar problemos turi būti sprendžiamos teisminiu procesu ir ar teisminis procesas išspręstų tuos klausimus taip, kad sumažėtų tolesnio prieštaravimo tikimybė arba būtų pašalintas jo pagrindas.

Prieštaravimo šaukimo į karinę tarnybą įstatymui atvejais atsakymas į abu šiuos klausimus buvo negatyvus: būta daug nevienareikšmiškumo dėl karo ir netikrumo bei nežinojimo dėl moralinių klausimų, susijusių su šaukimo į karinę tarnybą įstatymo nuostatomis apimties. Tai buvo anaiptol ne pats palankiausias metas teismui pareikšti

poziciją šiais klausimais, ir kurį laiką toleruoti prieštaravimą buvo vienas iš būdų leisti tęstis diskusijoms, kol jose bus nuspręsta kas nors aiškesnio. Be to, buvo aišku, kad teisminis konstitucinių klausimų išsprendimas neišspręs teisės problemų. Tie, kurie abejojo, ar šaukimo įstatymas yra konstituciškas, neatsikratė tų abejonių net po to, kai Aukščiausiasis teismas pareiškė jį buvus nekonstitucišką. Tai yra vienas iš tų su fundamentaliomis teisėmis susijusių atvejų, kai mūsų precedento praktikos skatina tokias abejones.

Tačiau net jeigu prokuroras nesiima veiksmų, pagrindinė problema bus tik laikinai atidėta. Kol teisė prieštaravimo aktus skelbia esant nusikalstamus, sąžine besivadovaujančiam žmogui grės pavojus. Ką gali padaryti Kongresas, kuriam tenka dalis atsakomybės už atlaidumą, kad šį pavojų sumažintų?

Kongresas gali peržiūrėti klausimų keliančius įstatymus, kad išsiaiškintų, kiek erdvės gali būti teikiama disidentams. Kiekviena programa, kurią priima įstatymų leidėjas, yra politinių nuostatų ir ribojamų principų mišinys. Pavyzdžiui, mes pripažįstame nusikaltimų išaiškinamumo sumažėjimą ir kliūtis miestų atsinaujinimui kaip neišvengiamą nuostolį, kad galėtume gerbti kaltinamųjų teises ir kompensuoti nuosavybės savininkams jų nuostolius. Kongresas, vykdydamas pareigas, savo atsakomybę disidentų atžvilgiu gali įvykdyti pataisydamas ar paaukodamas kompromisui kitas politines nuostatas. Jam teks imtis štai kokių klausimų: kokių priemonių galima imtis maksimaliai siekiant toleruoti sąžinės motyvuojamą prieštaravimą tolerancijai, sykiu užtikrinant kuo mažesnį jos poveikį politiniam kursui? Kokiu mastu šiuo atveju valdžia gali būti atlaidi – kiek čia svarbus sąžinės veiksnys ir kiek pagrįsta argumentacija, jog įstatymas, nepaisant visko, yra neteisėtas? Kiek svarbi yra tam tikra politinė nuostata – ar susikirtimas su ta politine nuostata yra pernelyg didelė kaina, kurią galime sau leisti? Šie klausimai, be abejo, yra pernelyg supaprastinti, tačiau jie parodo privalomų sprendimų esmę.

Dėl tų pačių priežasčių, dėl kurių tie, kurie konsultavo besipriešinančius, neturėjo būti persekiojami, aš manau, kad teisė, kuri tai skelbia nusikaltimu, turėtų būti atšaukta. Argumentai, jog ši teisė

riboja žodžio laisvę, yra stiprūs. Ji tikrai priešinasi sąžinei ir, ko gero, nepasitarnauja jokiam naudingam rezultatui. Jeigu konsultavimas įtikintų priešintis tik kelis, kurie šiaip priešintųsi, apribojimo nauda yra menka; jeigu konsultavimas įtikintų daugelį, šitai yra svarbus politinis faktas, kurį dera žinoti.

Klausimai dėl paties pasipriešinimo įstatymui kaip visada yra sudėtingesni. Tie, kurie manė, kad pats karas Vietname yra groteskiška klaida, būtų sveikinę bet kokį teisės pakeitimą, kuris būtų padidinęs taikos tikimybę. Tačiau jei mes užimame poziciją maniusių, kad karas yra būtinas, turime pripažinti, jog politika, kuri vykdytų šaukimo į karinę tarnybą įstatymo įgyvendinimą, tačiau be jokių išlygų darytų išimtį disidentams, būtų neišmintinga. Tačiau dvi ne tokios drastiškos alternatyvos turėjo būti apsvarstytos: savanorių kariuomenės galimybė bei galimybė išplėsti prieštaraujančiojo sąžinės motyvais kategoriją, įtraukiant tuos, kurie karą laiko nemoraliu. Dera daug ką pasakyti prieš abu šiuos pasiūlymus, tačiau jeigu jau pripažįstamas pagarbos prieštaravimui reikalavimas, principo balansas gali būti nustatytas jų naudai.

Taigi argumentacija už pažeidžiančiųjų įstatymą dėl sąžinės motyvų nepersekiojimą ir už įstatymų pakeitimą jų naudai buvo stipri. Tačiau būtų buvę nerealu tikėtis, kad ši politika nugalės, nes jai oponavo politiniai spaudimai.

Todėl turime apsvarstyti, ką galėjo ir turėjo padaryti teismai. Žinoma, teismas galėjo pripažinti argumentus, jog šaukimo į karinę tarnybą įstatymai kuria nors prasme yra nekonstituciški – nekonstituciški apskritai arba kai taikomi kaltinamiesiems nagrinėjamoje byloje. Arba jis galėtų išteisinti kaltinamuosius, nes kaltinamajam nuosprendžiui reikalingi faktai nėra įrodyti. Aš neaiškinsiu konstitucinių dalykų ar kurios nors konkrečios bylos faktų. Vietoj to noriu pažymėti, kad teismas neturėtų pripažinti kaltę, bent jau tam tikromis aplinkybėmis, net jei jis įgyvendina įstatymus ir faktus laiko kaltinamaisiais. Aukščiausiasis teismas nebuvo paskelbęs nutarties pagrindinių argumentų, kuriais remiantis šaukimo įstatymas buvo nekonstituciškas, taip pat jis nepripažino, kad tų argumentų keliami

politiniai klausimai nepriklauso jo kompetencijai atsiradus keletui prieštaravimo įstatymui bylų. Esama rimtų priežasčių, kodėl teismas šiomis aplinkybėmis turėtų panaikinti kaltinimus, net jei jis po to toliau taiko šaukimo į karinę tarnybą įstatymą. Jis turėtų išteisinti motyvuodamas, jog iki jo sprendimo šaukimo į karinę tarnybą įstatymo teisėtumas buvo abejotinas, ir yra neteisinga bausti žmones už nepaklusimą abejotinam įstatymui.

Taip motyvuojamas sprendimas būtų paremtas precedentu. Teismas yra keletą kartų tinkamo proceso pagrindu atšaukęs baudžiamąsias nutartis dėl to, kad aptariamasis įstatymas buvo pernelyg miglotas. (Pavyzdžiui, jis yra atmetęs kaltinamąsias nutartis, kuriose vadovautasi įstatymais, kriminalizuojančiais „nepagrįstų kainų" nustatymą arba buvimą „gaujos" nariu.) Kaltinamoji nutartis, paremta neaiškiu baudžiamuoju įstatymu, dvejopai nusižengia moraliniams ir politiniams tinkamo proceso idealams. Pirma, pilietis patiria neteisingumą, nes yra verčiamas veikti savo rizika, arba susitaikyti su griežtesniu savo gyvenimo apribojimu negu būtų numatyta įstatymų leidėjo: kaip minėjau anksčiau, tokiais atvejais susitaikymas su apribojimais yra nepriimtinas socialinio elgesio modelis. Antra, ji teikia galią prokurorui ir teismams kurti baudžiamąją teisę renkantis vieną ar kitą galimą interpretaciją po įvykio. Tai būtų įstatymų leidėjo kompetencijos delegavimas, kuris nedera su mūsų galių atskyrimo schema.

Inkriminacija pagal baudžiamąjį įstatymą, kurio sąvokos nėra neaiškios, bet kurio konstitucinis teisėtumas yra ginčytinas pirmiausia pažeidžia tinkamą procesą tuo, kad ji verčia pilietį daryti blogiausią prielaidą arba veikti savo rizika. Ji pažeidžia tinkamą procesą taip pat ir tuo, kad dauguma piliečių būtų atgrasinti ginčytino įstatymo, jeigu turėtų rizikuoti būti įkalinti jį pažeidę. Kongresas, o ne teismai tuomet būtų efektyvus balsas sprendžiant baudžiamųjų teisės aktų konstitucingumo klausimą, o šitai taip pat pažeidžia galių atskyrimą.

Jeigu prieštaravimo aktai nesibaigia ir po to, kai Aukščiausiasis teismas nusprendė, kad įstatymai yra teisėti arba kad galioja politinio klausimo doktrina, tuomet išteisinimas mano aprašytaisiais pa-

grindais nebėra deramas. Teismo sprendimas galiausiai nebus išsprendęs teisės problemos dėl priežasčių, pateiktų anksčiau, tačiau teismas bus padaręs viską, ką galima padaryti jos išsprendimo labui. Tačiau teismai ir tuo atveju gali naudotis savo baudžiamąja diskrecija *(sentencing discretion)* ir nustatyti minimalias ar lygtines bausmes kaip pagarbos disidento pozicijai ženklą.

Kai kuriuos teisininkus šokiruos mano bendra išvada, kad mes esame saistomi atsakomybės tiems, kurie nepaklūsta šaukimo į karinę tarnybą įstatymams dėl sąžinės motyvų, ir kad iš mūsų gali būti reikalaujama ne persekioti juos, o pakeisti mūsų įstatymus arba pataisyti mūsų apkaltos procedūras, kad būtų jiems palankesni. Paprastų drakoniškų nuostatų, jog nusikaltimas turi būti baudžiamas ir kad tas, kuris neteisingai supranta teisę, turi prisiimti atsakomybę už pasekmes, įtaka tiek profesinei, tiek ir populiariajai vaizduotei yra išskirtinai didelė. Tačiau įstatymo valdžia yra sudėtingesnė ir protingesnė, nei skelbia šis supratimas, ir svarbu, kad ji išliktų.

9. Atvirkštinė diskriminacija

1.

1945 metais juodaodis, pavarde Sweattas, pateikė dokumentus Teksaso teisės mokyklai, tačiau jam buvo atsakyta neigiamai, mat valstijos teisė numatė, kad studijuoti gali tik baltieji. Aukščiausiasis teismas pripažino, jog šis įstatymas pažeidžia Sweatto teises, numatytas Jungtinių Valstijų konstitucijos Keturioliktojoje pataisoje, pagal kurią jokia valstija negali atimti iš jokio žmogaus lygios apsaugos nuostatos[1]. 1971 metais žydas, pavarde DeFunisas, pateikė prašymą Vašingtono universiteto Teisės mokyklai; jis buvo nepriimtas, nors jo egzamino balai ir koledžo atestatas buvo tokie, kad jis būtų buvęs priimtas, jeigu būtų buvęs juodaodis arba filipinietis, arba meksikietis, arba indėnas. DeFunisas pareikalavo Aukščiausiojo teismo pripažinti, jog Vašingtono universiteto praktika, kuri mažumų grupėms taiko ne tokius griežtus standartus, pažeidė jo teises, skelbiamas Keturioliktojoje pataisoje[2].

Vašingtono teisės mokyklos priėmimo tvarka buvo sudėtinga. Prašymai buvo skirstomi į dvi grupes. Iš daugumos – tų, kurie nėra iš numatytų mažumų grupių, – pirma būdavo atsisakoma visų pretendentų, kurių koledžo pažymių ir gabumo testo balų vidurkis buvo žemesnis už tam tikrą lygį. Tada daugumos pretendentai, išlikę po šios pradinės atrankos, buvo skirstomi į kategorijas, ir vertinami nuodugniau. Mažumų grupės pretendentų atrankos nebuvo; kiekvieną kuo atidžiausiai vertino specialus komitetas, susidedantis iš juodaodžio teisės profesoriaus ir baltojo profesoriaus, kuris buvo dėstęs

---

[1] *Sweatt v. Painter,* 339 U.S. 629, 70 S. Ct. 848.

[2] *DeFunis v. Odegaard,* 94 S. Ct. 1704 (1974).

pagal programas, skirtas juodaodžiams teisės studentams paremti. Didžiosios dalies mažumų pretendentų, priimtų tais metais, kuriais DeFunisas buvo nepriimtas, išankstiniai vidurkiai buvo žemesni už atkrintamąjį lygį, ir teisės mokykla paskelbė, kad bet kuris mažumos pretendentas bus priimamas ne pagal vidurkį.

DeFunis byla suskaldė tas politinių pažiūrų grupes, kurios tradiciškai rėmė liberalius siekius. Pavyzdžiui, B'nai Brith kovos su šmeižtu lyga *(Anti-Defamation League)* ir AFL-CIO parengė medžiagą advokatui kaip *amici curiae* DeFuniso pretenzijai paremti, o Amerikos žydžių moterų taryba *(American Hebrew Women's Council),* taip pat UAW bei UMWA parengė medžiagą prieš tą pretenziją.

Šis susiskaldymas tarp senų sąjungininkų atskleidžia ir praktinę, ir filosofinę bylos svarbą. Praeityje liberalai kaip vieno pažiūrų komplekso laikėsi trijų nuostatų: rasinė klasifikacija yra blogis savaime; kiekvienas asmuo turi teisę į galimybę lavintis pagal savo gebėjimus; ir palaikantis valstybės veiksmas yra deramas siekiant panaikinti rimtą nelygybę Amerikos visuomenėje. Tačiau pastarąjį dešimtmetį išryškėjo nuomonė, kad šios trys liberalinės nuostatos iš tikrųjų yra nesuderinamos, nes pačios efektyviausios valstybės veikimo programos yra tos, kurios gerina mažumos rasinių grupių konkurencines galimybes.

Žinoma, ši nuomonė buvo kvestionuojama. Kai kurie edukologai teigia, kad lengvatinės kvotos *(beningn quotas)* yra neefektyvios, netgi prieštaraujančios pačiai savo intencijai, nes preferencinis traktavimas įtvirtins nevisavertiškumo jausmą, ir šiaip būdingą daugeliui juodaodžių. Kiti pateikia bendresnio pobūdžio priekaištą. Jie tvirtina, jog bet kokia rasine diskriminacija, netgi mažumų naudos tikslams, iš tikrųjų toms mažumoms padarys žalos, nes visada, kai toleruojamas rasinis skirstymas, kad ir kokiam tikslui, yra palaikomas prietaras. Tačiau tai yra sudėtingi ir kontroversiški empiriniai sprendiniai, ir, kaip pripažįsta išmintingi kritikai, dar pernelyg anksti spręsti, ko preferencinis traktavimas lemia daugiau: žalos ar gėrio. Be to, teisėjai negali – ypač konstitucinėse bylose – atmesti kitų pareigūnų sprendimus dėl to, kad teisėjai yra kitos nuomonės dėl socialinės

politikos strategijų efektyvumo. Tad moralinis argumentas, jog net jeigu atvirkščioji diskriminacija teikia naudos mažumoms ir ilgalaikės perspektyvos požiūriu silpnina prietarą, ji vis viena yra neteisinga, nes rasinis skirstymas yra iš esmės neteisingas, pakartoja aną empirinę kritiką. Jos yra neteisingos, nes pažeidžia mažiau privilegijuojamų grupių individualių narių teises, kurie gali dėl to negauti vietos, kaip atsitiko DeFunisui.

Šį moralinį argumentą DeFunisas konstitucinės pretenzijos forma pateikė teismams. Aukščiausiasis teismas taip ir nenusprendė, geras ar blogas buvo šis argumentas. Po to, kai vienas žemesnis teismas priėmė sprendimą DeFuniso naudai, jis buvo priimtas į teisės mokyklą, ir ji pareiškė, kad jam bus leista pabaigti studijas, kad ir kaip galiausiai būtų išspręsta byla. Na o Aukščiausiasis teismas paskelbė, kad byla yra sudėtinga, ir šiuo pagrindu ieškinį atmetė. Tačiau Aukščiausiojo teismo teisėjas Douglasas nesutiko su šiuo neutraliu bylos užbaigimo pagrindu; jis parašė atskirąją nuomonę, kurioje argumentavo, kad teismas turėjo palaikyti DeFuniso pretenziją iš esmės. Daugelis universitetų ir kolegijų suvokė teisėjo Douglaso nuomonę kaip pranašingą ir pakeitė savo praktikas, kad užbėgtų už akių vėlesniam teismo sprendimui, kuriame jo nuomonė bus palaikoma. Iš tiesų savo nuomonėje jis pažymėjo, kad teisės mokyklos galėtų pasiekti iš esmės tą patį rezultatą rafinuotesne politika negu ta, kurią naudojo Vašingtono teisės mokykla. Pavyzdžiui, mokykla gali nustatyti, kad visų rasių ir grupių pretendentai bus vertinami drauge, bet kad tam tikrų mažumos pretendentų tinkamumo testai bus vertinami skirtingai arba bus teikiama mažiau svarbos jų bendrajam išankstiniam vidurkiui, nes patirtis parodė, kad standartinis egzaminavimas dėl įvairių priežasčių yra prastesnis tų pretendentų tikrų gebėjimų patikrinimas. Tačiau jeigu šis metodas yra naudojamas sąmoningai siekiant to paties rezultato, jis yra manipuliatyvus, ir klausimas, kodėl atvira programa, naudota Vašingtono universiteto, buvo neteisinga arba nekonstitucinė, lieka neatsakytas.

2.

DeFunisas, aišku, neturi jokios konstitucinės teisės į tai, kad valstija suteiktų jam tam tikros kokybės teisinį išsilavinimą. Jo teisės nebūtų pažeistos, jeigu valstija iš viso neturėtų teisės mokyklos arba jeigu turėtų tokią mažą teisės mokyklą, kad jis negalėtų laimėti kovodamas dėl vienos vietos pasinaudodamas intelektiniu pranašumu. Taip pat jis neturi teisės reikalauti, kad protiniai gabumai būtų išskirtinis priėmimo kriterijus. Teisės mokyklos, priimdamos studentus, iš tiesų daug svarbos teikia protinių gabumų testams. Tačiau tai atrodo teisinga ne dėl to, kad pretendentai turi teisę būti vertinami šiuo būdu, bet dėl to, kad yra racionalu manyti, jog bendruomenei kaip visumai bus geriau, jeigu jos teisininkai bus protingi. Kitaip tariant, intelektiniai standartai yra pateisinami ne dėl to, kad įvertina protinguosius, bet dėl to, kad atrodo tarnaują naudingai socialinei politikai.

Be to, kartais teisės mokyklos tai politikai pasitarnauja geriau, papildydamos intelekto testus kitų rūšių standartais: jos kartais teikia pirmenybę stropiems pretendentams, ne guvesnio proto, bet tingesniems. Jos taip pat įsipareigoja kokioms nors specialioms politinėms strategijoms, kurioms intelektualumas nėra labai svarbus. Pavyzdžiui, Vašingtono teisės mokykla teikė išskirtinę pirmenybę ne tik mažumos pareiškėjams, bet ir vyresniems, kurie buvo studijavę toje mokykloje prieš išeidami atlikti karinės tarnybos, ir nei DeFunisas, nei kuri nors iš paraiškų teismui, pateiktų jo vardu, šios preferencijos neapskundė.

DeFunisas neturi absoliučios teisės į vietą teisės mokykloje, taip pat jis neturi teisės į tai, kad tik intelektualumas būtų priėmimo standartas. Jis sako, jog vis dėlto turi teisę, kad rasė *nebūtų* standartas, nepriklausomai nuo to, kaip efektyviai rasinė klasifikacija funkcionuotų kaip bendrosios gerovės arba socialinės ir ekonominės nelygybės mažinimo paskata. Tačiau jis neteigia turįs šią teisę kaip atskirą ir nepriklausomą politinę teisę, kuri yra specialiai saugoma Konstitucijos, kaip kad saugoma jo teisė į žodžio laisvę ir religiją. Konstitucija tiesiogiai nesmerkia rasinės klasifikacijos, kaip smerkia cenzūrą arba valstybinės religijos institucionalizavimą. DeFunisas teigia, kad jo tei-

sė į tai, jog rasė nebūtų priėmimo kriterijus, kyla iš abstraktesnės teisės į lygybę, kurią saugo Keturioliktoji pataisa, numatanti, kad jokia valstija negali atimti iš jokio asmens lygios apsaugos teisės.

Tačiau abiejų pusių pateikiami teisiniai argumentai rodo, kad nei konstitucijos tekstas, nei ankstesni Aukščiausiojo teismo sprendimai galutinai neišsprendžia klausimo, ar Lygios apsaugos nuostata, kaip teisės dalis, daro nekonstitucinius visas rasines klasifikacijas. Ši nuostata lygybės sąvoką paverčia teisėkūros testu, tačiau nenustato jokios konkrečios tos sąvokos sampratos[1]. Tie, kurie rašė tą nuostatą, turėjo intenciją kovoti su tam tikromis vergystės ir rasinių prietarų pasekmėmis, tačiau sunkiai tikėtina, kad jie turėjo intenciją padaryti neteisėtas visas rasines klasifikacijas arba tikėjosi, jog tai, ką jie parašė, lems tokį draudimą. Jie paskelbė neteisėtomis visokias politines nuostatas, kurios pažeistų lygybę, tačiau paliko kitiems kada ne kada spręsti, ką tai reiškia. Todėl negali būti gero teisinio argumento DeFuniso naudai, jei nėra gero moralinio argumento, pagrindžiančio tai, jog visos rasinės klasifikacijos, netgi tos, kurios visuomenę kaip visumą daro lygesnę, yra iš esmės užgaulios individo teisės į jo lygią apsaugą atžvilgiu.

Žinoma, nieko paradoksalaus nėra idėjoje, kad individo teisė į lygią apsaugą kartais gali konfliktuoti su šiaip pageidautina socialine politika, įskaitant politiką, siekiančią padaryti bendruomenę apskritai lygesnę. Tarkime, teisės mokykla, siekdama padidinti stipendijų neturtingiems studentams fondą, nustato dvigubą įmoką nedaugeliui burtų keliu išrinktų viduriniosios klasės studentų. Taip pageidaujamai politikai – lygių galimybių politikai – būtų pasitarnauta tokiomis priemonėmis, kurios pažeistų burtais atrinktų studentų teisę būti traktuojamiems vienodai kaip kiti studentai, kurie taip pat išgalėtų mokėti padidintas įmokas. Iš tikrųjų DeFuniso bylos svarbą iš dalies sudaro tai, jog ji verčia mus pripažinti perskyrą tarp lygybės kaip politinės nuostatos ir lygybės kaip teisės *(a right)*, perskyrą, kurią politinė teorija mažne visai ignoravo. DeFunisas teigia, kad Vašingtono teisės mokykla pažeidė jo individualią teisę į lygybę dides-

[1] Žr. 5-ą skyrių.

nės bendrosios lygybės politinio kurso naudai – tuo pačiu būdu, kuriuo dviguba įmoka studentams pažeistų jų teises.

Todėl turime įdėmiai paanalizuoti šią pretenziją. Turime pamėginti apibrėžti centrinę sąvoką, kuria ji remiasi, t. y. individualios teisės į lygybę, skelbiamos konstitucine teise Lygios apsaugos nuostatoje, sąvoką. Kokių teisių į lygybę turi piliečiai kaip individai, teisių, kurios gali prieštarauti programoms, skirtoms svarbiems ekonominiams ir politiniams tikslams, įskaitant socialinę politiką, siekiančią ugdyti bendrąją lygybę?

Piliečius galima teigti turint dvi skirtingas teises. Pirmoji yra teisė į *vienodą traktavimą (equal treatment):* tai teisė į vienodą kokios nors galimybės arba ištekliaus, arba atsakomybės naštos paskirstymą. Pavyzdžiui, kiekvienas pilietis turi teisę į lygiavertį balsą demokratijoje; tai yra Aukščiausiojo teismo sprendimo, kad vienas asmuo turi turėti vieną balsą, net jeigu kitokia ir sudėtingesnė tvarka geriau užtikrintų kolektyvinę gerovę, esmė. Antroji yra teisė būti *traktuojamam kaip lygiam (treatment as an equal):* tai teisė ne naudotis vienodu kokios nors atsakomybės naštos ar naudos paskirstymu, bet būti traktuojamam su tokia pačia pagarba ar rūpesčiu kaip ir bet kuris kitas. Jeigu aš turiu du vaikus, ir vienas yra priešmirtinės būklės dėl ligos, kuri kamuoja ir kitą, aš neparodysiu vienodo rūpesčio, mesdamas monetą, kad nuspręsčiau, katram turi tekti likusi vaistų dozė. Šis pavyzdys rodo, kad teisė būti traktuojamam kaip lygiam yra fundamentali, o teisė į vienodą traktavimą – išvestinė. Tam tikromis aplinkybėmis teisė būti traktuojamam kaip lygiam suponuos teisę į vienodą traktavimą, tačiau nieku gyvu ne bet kokiomis aplinkybėmis.

DeFunisas neturi teisės į vienodą traktavimą skirstant teisės mokyklos vietas; jis negali turėti teisės į vietą tik dėl to, kad vietų yra duodama kitiems. Individai gali turėti teisę į vienodą traktavimą pradinėje lavinimo pakopoje, nes mažai tikėtina, kad tas, iš kurio atimamas pradinis išsilavinimas, gyvens naudingą gyvenimą. Tačiau teisinis išsilavinimas nėra toks gyvybiškai svarbus, kad kiekvienas į jį turėtų lygią teisę.

Bet DeFunisas turi antrosios rūšies teisę – teisę būti traktuoja-

mam kaip lygiam sprendžiant, kokie priėmimo standartai turi būti naudojami. Kitaip tariant, jis turi teisę į tai, kad jo interesai būtų traktuojami tiek pat visumingai ir su tokiu pačiu prielankumu, kaip ir bet kurių kitų interesai, kai teisės mokykla sprendžia, ar laikyti rasę svarbiu priėmimo kriterijumi. Tačiau turime būti atidūs, kad pernelyg neapibendrintume spręsdami, ką šitai reiškia.

Tarkime, pareiškėjas skundžiasi, kad jo teisę būti traktuojamam kaip lygiam pažeidžia testai, kuriais nuskriaudžiami menkesnių protinių gebėjimų kandidatai intelektualesnių kandidatų atžvilgiu. Deramas teisės mokyklos atsakymas galėtų būti štai koks. Bet koks standartas tam tikrus kandidatus pastatys į blogesnę padėtį negu kitus, tačiau priėmimo politika vis dėlto gali būti pateisinama, jeigu atrodo pagrįsta tikėtis, kad bendroji nauda bendruomenei pranoksta bendrąjį nuostolį ir jeigu jokia kita politika, kuri nekuria panašaus padėties nepalankumo, bent apytiksliai nesuteiktų tokios pačios naudos. Individo teisė būti traktuojamam kaip lygiam reiškia, kad jo potencialus nuostolis turi būti traktuojamas kaip susirūpinimo vertas dalykas, tačiau tą nuostolį vis vien gali nusverti nauda bendruomenei kaip visumai. Jeigu jis yra nusveriamas, tai mažesnio intelekto pretendentas negali teigti, kad pasikėsinta į jo teisę būti traktuojamam kaip lygiam vien dėl to, kad jis neturi tų pranašumų, kuriuos turi kiti.

Taip Vašingtono teisės mokykla galėtų atsakyti DeFunisui. Bet kokia priėmimo politika turi pastatyti kai kuriuos kandidatus į blogesnę padėtį, ir pirmenybės mažumos pretendentams politiką galima pagrįstai manyti duodant naudos bendruomenei kaip visumai, net turint omenyje nuostolį tokiems kandidatams kaip DeFunisas. Jeigu esama daugiau juodaodžių teisininkų, jie padės suteikti geresnes teisines paslaugas juodaodžių bendruomenei ir taip sumažinti socialines įtampas. Be to, visai galimas dalykas, kad esant didesniam skaičiui juodaodžių dalyvaujančių diskusijose socialinių problemų klausimais pagerės visų studentų teisinio išsilavinimo kokybė. Be to, faktas, jog juodaodžiai laikomi gerais teisės studentais, gali paskatinti kitus juodaodžius, atitinkančius įprastinius intelektualinius standartus, teikti stojamuosius prašymus, o šitai savo ruožtu pakeltų intelek-

tualinę teisėjavimo kokybę. Kad ir kaip būtų, preferencinis juodaodžių priėmimas turėtų sumažinti materialinės gerovės ir galios skirtumą, kuris dabar egzistuoja tarp skirtingų rasinių grupių, taigi ir padaryti bendruomenę apskritai lygesnę. Kaip sakiau, tai, ar preferencinio priėmimo programa iš tikrųjų paskatins šių įvairių politinių strategijų pažangą, yra ginčo objektas, tačiau negalima sakyti, kad yra neįtikima, jog jos tai padarys. Pagal šią hipotezę, blogesnė tokių pretendentų kaip DeFunisas padėtis yra kaina, kurią reikia mokėti už didesnę naudą; šia prasme jo nepalanki padėtis panaši į prastesnę menkesnio intelekto studentų padėtį, kuri yra įprastinių priėmimo nuostatų kaina[1].

Dabar matome, kuo DeFuniso atvejis skiriasi nuo mūsų įsivaizduotos teisės mokyklos, kuri nustato didesnes įmokas atsitiktinai išrinktiems studentams, atvejo. Nebuvo jokios būtinybės tuos studentus statyti į itin nepalankią padėtį, siekiant naudos stipendijų fondui, nes tokią pačią naudą būtų buvę galima gauti lygiau paskirstant kainą tarp visų studentų, išgalinčių mokėti didesnę įmoką. Šitai netinka DeFuniso atveju. Nuo Vašingtono teisės mokyklos politikos jis nukentėjo labiau negu tie daugumos pretendentai, kurie buvo priimti. Tačiau ta diskriminacija nebuvo arbitrali; ji buvo meritokratinių standartų, kuriems jis pritaria, pasekmė. Todėl DeFuniso argumentas subliūška. Lygios apsaugos klauzulė teisei būti traktuojamam kaip lygiam teikia konstitucinį statusą, tačiau jis negali šioje teisėje rasti jokios paramos savo teiginiui, kad ta klauzulė daro neteisėtą bet kokį rasinį skirstymą.

---

[1] Vėliau šiame skyriuje aš argumentuosiu, kad esama aplinkybių, kai politikai pažeidžia kieno nors teisę būti traktuojamam kaip lygiam, nepaisant to, jog tos politikos teikiamą socialinę naudą galima teigti nusveriant nuostolius. Tokios aplinkybės yra tuomet, kai nauda, kuri nusveria nuostolius, apima prietarų patenkinimą ir kitas preferencijų rūšis, į kurias pareigūnams arba institucijoms iš viso nedera atsižvelgti. Tačiau šioje pastraipoje aprašyta hipotetiška socialinė nauda neapima šio pobūdžio naudos. Žinoma, jeigu DeFunisas turėtų kokią nors kitą teisę, be teisės būti traktuojamam kaip lygiam, kurią pažeidė Vašingtono teisės mokyklos politika, tuomet tas faktas, kad ta politika gali duoti bendros socialinės naudos, nepateisintų pažeidimo (žr. 6-ą skyrių). Pavyzdžiui, jeigu į Vašingtono teisės mokyklos priėmimo procedūrą įeitų religinis testas, kuris pažeistų jo teisę į religijos išpažinimo laisvę, ko vertas būtų pasiteisinimas, kad tokio testo naudojimas gali padaryti bendruomenę sutelktesnę. Tačiau DeFunisas nesiremia jokia kita atskira teise, išskyrus teisę į lygybę, ginamą Lygios apsaugos nuostatos.

3.

Tačiau jeigu DeFuniso pretenziją atmetame taip tiesmukai, mums lieka štai koks galvosūkis. Kaip tiek daug gabių teisininkų, kurie parėmė jo pretenziją ir morališkai, ir teisiškai, galėjo padaryti tą klaidą? Visi tie teisininkai sutaria, kad intelekto lygis yra deramas priėmimo į teisės mokyklas kriterijus. Jie nemano, kad šis kriterijus pamina kiekvieno konstitucinę teisę būti traktuojamam kaip lygiam. Tai kodėl jie neigia, kad rasė – šio dešimtmečio aplinkybėmis – taip pat gali būti deramas kriterijus?

Turbūt baiminasi, kad rasiniai kriterijai bus neteisingai panaudoti; kad tokie kriterijai pasitarnaus kaip prietaro prieš neprivilegijuotas mažumas, tokias kaip žydai, alibis. Tačiau šitai negali paaiškinti jų oponavimo. Bet kokie kriterijai gali būti panaudoti neteisingai, be to, jie, šiaip ar taip, mano, kad rasiniai kriterijai yra neteisingi iš principo, o ne tiesiog atviri piktnaudžiavimui.

Kodėl? Atsakymas glūdi jų pažiūroje, jog teoriškai, taip pat praktiškai vertinant, *DeFunis* ir *Sweatt* bylos turi arba abi atlaikyti kritiką, arba būti sukritikuotos. Jie mano, jog liberalai elgiasi nelogiškai, smerkdami Teksaso teisės mokyklą dėl to, kad ji odos spalvą pavertė kliūtimi Sweattui, o Vašingtono teisės mokyklą girdami už tai, kad ji odos spalvos kliūtį panaudojo prieš DeFunisą. Skirtumas tarp šių dviejų bylų, jų manymu, būtinai yra tik subjektyvi liberalų preferencija, teikiama tam tikroms mažumoms, kurios tuo metu madingos. Jeigu su rasiniu skirstymu ir yra kas negerai, tai turi būti kažkas negerai su rasiniu skirstymu apskritai, o ne tik su skirstymu, nepalankiu toms grupėms, kurios šiuo metu privilegijuojamos. Ši prielaida nebyliai glūdi šūkyje, kuriuo rėmėsi atsakovai DeFuniso byloje: jog konstitucija neskiria spalvų. Šis šūkis, žinoma, reiškia kaip tik priešingą dalyką, negu teigia: jis reiškia, kad konstitucija yra tokia jautri spalvai, kad bet kokį institucinį rasinį skirstymą teisės požiūriu daro neteisėtu.

Todėl yra be galo svarbu patikrinti prielaidą, jog Sweattas ir DeFunisas abu turi atlaikyti kritiką arba būti abu kritikuojami. Jeigu ši prielaida yra pagrįsta, tai paprastas argumentas prieš DeFunisą, ne-

paisant visko, turi būti klaidingas, nes joks argumentas negali mūsų įtikinti, kad tokios rūšies segregacija, kuri buvo praktikuojama prieš Sweattą, yra pateisinama arba konstituciška[1]. Be to, paviršutiniškai žiūrint, argumentai prieš DeFunisą iš tikrųjų atrodo tinkami ir Sweatto atveju, nes galime suformuluoti argumentą, kurį Teksaso teisės mokykla būtų galėjusi panaudoti tam, kad parodytų, jog segregacija naudinga kolektyvinei gerovei, todėl ypatinga nenauda juodaodžiams yra kaina, kurią reikia sumokėti bendrosios naudos labui.

Tarkime, Teksaso teisės mokyklos priėmimo komisija, nors sudaryta iš vyrų ir moterų, kurie patys neturi jokių išankstinių nuostatų, nusprendžia, jog Teksaso ekonomikai reikia daugiau baltųjų teisininkų, negu mokykla gali parengti, tačiau nesugalvoja, kam galėtų būti naudingi juodaodžiai teisininkai. Šitai būtų galėjęs būti apskritai realistiškas komercinės teisininkų rinkos Teksase tuoj po Antrojo pasaulinio karo įvertinimas. Korporacinėms teisės firmoms verslo bumo aplinkybėmis reikėjo daug teisininkų, tačiau jos negalėjo sau leisti samdyti juodaodžius teisininkus, kad ir kokius įgudusius, nes jie būtų sužlugdę firmą. Neabejotina, jog Teksaso juodaodžių bendruomenei labai reikėjo daug įgudusių teisininkų, ir ji būtų teikusi pirmenybę juodaodžių teisininkų paslaugoms, jeigu jų būtų buvę. Tačiau komisija galėjo manyti, kad komerciniai valstybės kaip visumos poreikiai nusveria tą specialią reikmę.

Arba, tarkime, komitetas nusprendžia, – be jokios abejonės teisingai, – kad buvusių auklėtinių dovanų teisės mokyklai labai sumažės, jeigu ji priimtų juodaodį studentą. Komitetas gali apgailestauti dėl šio fakto, bet vis vien manyti, kad paskesnė kolektyvinė žala būtų didesnė negu žala juodaodžiams kandidatams, diskriminuojamiems rasinių apribojimų.

---

[1] Iš tikrųjų *Sweatt* bylos sprendime Aukščiausiasis teismas pritaikė seną normą, pagal kurią segregacija yra konstituciškai leistina, jeigu juodaodžiams suteikiamos „atskiros, bet vienodos" sąlygos. Teksaso teisės mokykla buvo suteikusi atskirą teisės mokyklą juodaodžiams, tačiau teismas nusprendė, kad ta mokykla anaiptol nėra lygiavertė baltųjų mokyklai. Sweatt byla buvo sprendžiama iki garsiosios Brown bylos, kurioje teismas pagaliau atmetė „atskirą, bet vienodą" normą, ir nėra jokios abejonės, jog vien baltųjų teisės mokykla šiandien būtų nekonstituciška, net jeigu vien juodiesiems būtų suteikta atskira teisės mokykla, kuri materialia prasme prilygtų tai, kuri skirta baltiesiems.

Galima sakyti, jog šie hipotetiški argumentai yra nesąžiningi, nes bet kokia juodaodžių išstūmimo politika iš tikrųjų yra remiama nusiteikimo prieš juodaodžius apskritai ir tos rūšies argumentai, kuriuos ką tik aprašiau, tėra racionalizacija. Tačiau jeigu iš tikrųjų šie argumentai būtų pagrįsti, jiems galėtų pritarti žmonės, netikintys prietarais, apie kuriuos kalba šis prieštaravimas. Todėl tai, kad priėmimo komisijos pareigūnai buvo nusiteikę iš anksto, – jeigu jie buvo nusiteikę,– nereiškia, jog jie būtų atmetę šiuos argumentus, jeigu nebūtų turėję išankstinės nuostatos.

Kiekvienu atveju argumentai, tokie kaip mano aprašytieji, iš tikrųjų buvo naudojami pareigūnų, kurie galėjo neturėti prietarų tų, kuriuos jie diskriminavo, atžvilgiu. Prieš daugelį dešimtmečių, kaip mums primena profesorius Bickelis savo bylos reziumė, pateiktoje B'nai Brith, Harvardo universiteto prezidentas Lowellas pasisakė už kvotą, ribojančią žydų, kuriuos gali priimti jo universitetas, skaičių. Jis sakė, kad jeigu priimtų žydų skaičius būtų neproporcingas jų sudaromam gyventojų procentui, kaip kad būtų atsitikę, jeigu protiniai gebėjimai būtų buvę laikomi vieninteliu testu, tai Harvardas daugiau nebegalėtų išleisti į pasaulį tokių savybių ir charakterio žmonių, kokius jis siekia išugdyti, t. y. įvairiapusiškesnių, ne vien tik puoselėjančių intelektą žmonių, kokie paprastai yra žydai, žmonių, kurie dėl savo visapusiškumo gali būti geresni kitų žmonių lyderiai ir kurie dažniau tampa tais lyderiais tiek valdžioje, tiek anapus jos. Be abejo, Lowellas buvo teisus, sakydamas, kad tikimybė, jog žydai užims svarbias vietas valdžioje arba didelių visuomeninių kompanijų vadovybėje, buvo mažesnė. Jeigu Harvardas norėjo pasitarnauti bendrajai gerovei intelektualinių nacijos lyderių savybių ugdymu, buvo racionalu neleisti, kad jo auditorijas užpildytų žydai. Tikėtina, jog žmonės, kurie priėjo prie tokios išvados, netgi galėtų teikti pirmenybę žydų kompanijai, o ne britų kilmės amerikiečių protestantų kompanijai, kurie – tai daug tikėtiniau – gali tapti senatoriais. Lowellas teigė, kad jis taip ir daro (teikia pirmenybę žydams), tačiau tikriausiai jo kaip pareigūno atsakomybė neleido jam dažnai leisti sau teikti šią pirmenybę.

Tačiau dabar būtų galima pasakyti, kad diskriminacija juodaodžių

atžvilgiu, net kai ji tikrai tarnauja kokiai nors įtikinamai politikai, vis viena yra nepateisinama, nes yra nepriimtina ir užgauli. Teismui teiktos reziumė, oponuojančios DeFunisui, nurodo būtent šį argumentą jo pretenzijai nuo Sweatto pretenzijos atskirti. Kadangi juodaodžiai buvo vergvaldystės ir teisėtos segregacijos aukos, sako oponentai, bet kokia diskriminacija, kuri išstumia juodaodžius, jų bus suvokiama kaip žeidžianti, kad ir kokie bendrosios gerovės argumentai būtų pateikiami jai paremti. Tačiau negalima apibendrinti ir teigti, kad bet kokia socialinė politika yra neteisinga, jeigu tie, kuriuos ji priverčia atsidurti nepalankioje padėtyje, jaučiasi užgauti. Tai, kad tie, kurie yra ne tokie intelektualūs, jaučiasi užgauti, kai yra nepriimami, priėmimo į teisės mokyklą pagal intelektualumą nedaro neteisingo. Viskas priklauso nuo to, ar pažeistumo jausmo priežastimi tampa dar koks nors kitas objektyvus bruožas, kuris diskvalifikuoja tą politiką, net jeigu niekas nesijaučia užgautas. Jeigu segregacija iš tikro ugdo bendrąją gerovę, net jei nepalanki juodaodžių padėtis yra visiškai įsisąmoninta ir jeigu negalima rasti jokios kitos priežasties, kodėl segregacija vis dėlto yra nepateisinama, tai juodaodžių juntama užgaulė bus pagrįsta klaidingu suvokimu, nors ir žmogiškai suprantama.

Šiaip ar taip, būtų neteisinga manyti, kad žmonės DeFuniso atveju diskriminacijos savo atžvilgiu nelaikys žeidžiančia. Labai tikėtina, kad jie, galvodami apie save, nesuvoks savęs kaip kokios nors kitos mažumos, pavyzdžiui, žydų ar lenkų, ar italų, narių, kuriuos gerai besijaučiantys ir sėkmės lepinami liberalai yra nusiteikę paaukoti, kad atidėtų skausmingesnes socialines permainas. Jeigu norime atskirti *DeFunis* bylą nuo *Sweatt* bylos remdamiesi kokiu nors argumentu, kuris vartoja įžeidimo sąvoką, turime parodyti, kad vieno, bet ne kito, traktavimas iš tikrųjų yra neteisingas.

4.

Taigi šie įprasti argumentai, kurie gali atskirti tuos du atvejus, yra neįtikinami. Šitai, atrodytų, patvirtina pažiūrą, kad Sweattas ir DeFunisas turi būti traktuojami vienodai, taigi ir tai, kad rasinis

skirstymas turi būti uždraustas iš viso. Tačiau laimė, įmanoma rasti sėkmingesnį atskyrimo pagrindą mūsų pradiniam jausmui, kad tos bylos iš tikrųjų yra labai skirtingos, pagrįsti. Šis skirstymas nėra pagrįstas, kaip ir tie neįtikinami argumentai, ypatybėmis, būdingomis rasės ir segregacijos klausimams, ar netgi ypatybėmis, būdingomis edukacinių galimybių problematikai. Ji remiasi tolesne analize idėjos, kuri buvo centrinė mano argumentui prieš DeFunisą, kad politika, kuri suteikia daugeliui individų nepalankias sąlygas, tam tikromis aplinkybėmis vis dėlto yra pateisinama, nes jos dėka yra geriau bendruomenei kaip visumai.

Bet kokia institucija, kuri naudoja tą idėją diskriminacinei politikai pateisinti, susiduria su ne vienu teoriniu ir praktiniu keblumu. Pirmiausia, esama dviejų skirtingų prasmių, kurios leidžia teigti, kad bendruomenei kaip visumai yra geriau, nepaisant fakto, jog kai kurių iš jos narių padėtis yra blogesnė, ir bet koks pateisinimas turi specifikuoti, kuri prasmė turima galvoje. Jai gali būti geriau *utilitarine* prasme, kitaip tariant, dėl to, kad vidutinis ar bendras bendruomenės gerovės lygis pakilo, nors kai kurių individų gerovė ir sumažėjo. Arba jai gali būti geriau *idealiąja* prasme, kitaip tariant, dėl to, kad ji tapo teisingesnė, arba kokia kita prasme, artinančia prie idealios visuomenės, nepriklausomai nuo to, pakyla vidutinė gerovė ar ne. Vašingtono universitetas galėtų panaudoti utilitarinius arba idealius argumentus savo rasiniam skirstymui pateisinti. Pavyzdžiui, jis galėtų sakyti, kad juodaodžių teisininkų skaičiaus padidinimas mažina rasines įtampas, o šitai pakelia beveik kiekvieno gerovę bendruomenėje. Tai utilitarinis argumentas. Arba galėtų teigti, jog kad ir kokį efektą mažumos privilegijavimas turėtų vidutinei gerovei, jis padarys bendruomenę lygesnę, taigi ir teisingesnę. Tai yra idealusis, ne utilitarinis, argumentas.

Tuo tarpu Teksaso universitetas negali pateikti idealiojo argumento segregacijos naudai. Jis negali teigti, kad segregacija daro bendruomenę teisingesnę, nepriklausomai nuo to, pakelia ji vidutinę gerovę ar ne. Todėl visi argumentai, kuriuos jis pateikia segregacijai apginti, būtinai bus utilitariniai. Argumentai, kuriuos sugalvojau aš, kaip kad

argumentas, jog baltieji teisininkai galėtų nuveikti daugiau negu juodaodžiai teisininkai, ugdant komercinį našumą Teksase, yra utilitariniai, nes komercinis našumas gerina bendruomenės padėtį tik jeigu ugdo vidutinę gerovę.

Utilitariniai argumentai susiduria su ypatingu keblumu, kuris nekyla idealiesiems argumentams. Kas turima galvoje sakant „vidutinė arba kolektyvinė gerovė"? Kaip galima išmatuoti individo gerovę, kad ir iš principo, ir kaip galima naudą, ugdančią atskirų individų gerovę, pridėti prie nuostolių ir tada lyginti su nuostoliais, siekiant pateisinti teiginį, kad nauda apskritai viršija nuostolius? Utilitarinis argumentas, kad segregacija ugdo vidutinę gerovę, teigia, jog tokie skaičiavimai yra įmanomi. Tačiau kaip?

Jeremy Benthamas, manęs, kad tik utilitariniai argumentai gali pateisinti politinius sprendimus, pateikė štai kokį atsakymą. Jis sakė, kad politikos poveikį individualiai gerovei galima nustatyti išsiaiškinus malonumo ar skausmo kiekį, kurį individui suteikė ta politika, ir kad politikos poveikį kolektyvinei gerovei galima apskaičiuoti susumuojant visą malonumą ir atimant visą tą skausmą, kurį ji suteikė kiekvienam. Tačiau, kaip ne kartą pažymėjo Benthamo kritika, abejotina, ar egzistuoja paprasta psichologinė malonumo būklė, bendra visiems tiems, kurie turi naudos iš tos politikos, arba skausmo, bendro visiems tiems, kurie patiria dėl jos nuostolių; kiekvienu atveju būtų neįmanoma identifikuoti, išmatuoti ir susumuoti skirtingus malonumus ir skausmus, patiriamus didelio kiekio žmonių.

Filosofai ir ekonomistai, kurie laiko utilitarinius argumentus patraukliais, tačiau atmeta Benthamo psichologinį utilitarizmą, siūlo kitokią individualios ir bendros gerovės sampratą. Jie mano, kad visada, kai institucija ar pareigūnas turi spręsti, kokios politikos laikytis, kiekvienas iš bendruomenės narių teiks pirmenybę vieno sprendimo padariniams kito sprendimo padarinių atžvilgiu. Pavyzdžiui, DeFunisas teikia pirmenybę standartinės priėmimo politikos pasekmėms, politikos, teikiančios pirmenybę mažumoms, atžvilgiu, kurią vykdė Vašingtono universitetas, o juodaodžiai kokiame nors miesto gete kiekvienas gali teikti pirmenybę pastarosios politikos padariniams pirmosios

atžvilgiu. Jeigu galima nustatyti, kam teikia pirmenybę kiekvienas individas ir koks yra jo intereso intensyvumas, tuomet galima parodyti, jog, imant balansą, tam tikra politika tenkins daugiau teikiamų pirmenybių, turint omenyje jų intensyvumą, negu alternatyvios politinės strategijos. Pagal šią gerovės sampratą, politika gerina bendruomenės padėtį utilitarine prasme, jeigu ji tenkina tam tikrą teikiamų pirmenybių rinkinį geriau, negu tai darytų alternatyvios politinės strategijos, nors ji ir apriboja kai kurias kitas teikiamas pirmenybes[1].

Žinoma, teisės mokykla nedisponuoja jokiomis priemonėmis teisingai įvertinti teikiamas pirmenybes visų tų, kuriuos paveiks jų studentų priėmimo politinės strategijos. Vis dėlto ji gali padaryti sprendimus, kurių, nors jie ir spekuliatyvūs, negalima atmesti kaip visai neįtikinamų. Pavyzdžiui, įtikinama manyti, kad pokariniame Teksase žmonėms lengvatos teikiamos, bendrai imant, buvo palankios teisės mokyklų segregacijos pasekmėms, net jeigu atsižvelgiama į konkuruojančios teikiamos lengvatos, teikiančios pirmenybę integracijai, intensyvumui, o ne vien į ją išpažįstančiųjų skaičių. Teksaso teisės mokyklos pareigūnai, priimdami tą sprendimą, būtų galėję remtis elgsenos per rinkimus stebėjimais, laikraščių redakcijų skiltimis ir tiesiog savo pačių bendruomeniškumo jausmu. Nors jie galėjo būti neteisūs, mes negalime dabar pasakyti, netgi įvykiui jau įvykus, kad jie buvo neteisūs.

Tad jeigu Benthamo psichologinis utilitarizmas atmestinas, teisės mokyklos gali apeliuoti į teikiamos pirmenybės utilitarizmą, kad pateiktų bent jau preliminarų ir spekuliatyvų studentų priėmimo politinių strategijų, priverčiančių kai kuriuos pretendentus atsidurti nepalankioje padėty, pateisinimą. Bet kai tampa aišku, kad šie utilitariniai argumentai yra pagrįsti sprendimais dėl tikrųjų bendruomenės narių teikiamų pirmenybių, iškyla naujas ir kur kas rimtesnis keblumas.

---

[1] Daugelis ekonomistų ir filosofų kvestionuoja ir teikiamos pirmenybės utilitarizmo, ir psichologinio utilitarizmo inteligibilumą. Jie argumentuoja, kad nėra jokio būdo, net iš principo, apskaičiuoti ir palyginti individualių teikiamų pirmenybių intensyvumui. Kadangi noriu įrodyti kitokią tam tikrų utilitarinių argumentų ydą, aš tariu, šios esė argumento labui, kad bent jau apytiksliai ir spekuliatyviai įmanoma apskaičiuoti bendras bendruomenės teikiamas pirmenybes.

Utilitarinis argumentas, jog politika yra pateisinama, jeigu ji tenkina daugiau bendrųjų teikiamų pirmenybių, iš pirmo žvilgsnio atrodo kaip egalitarinis argumentas. Atrodo, kad jis paiso griežto nešališkumo. Jeigu bendruomenė turi tik tiek medikamentų, jog jų pakanka gydyti tik kai kuriems iš sergančiųjų, šis argumentas, atrodytų, teigia, kad pirmiausiai būtų gydomi sergantys sunkiausiai. Jeigu bendruomenė gali sau leisti plaukymo baseiną arba naują teatrą, bet ne abu šiuos dalykus, ir daugiau žmonių nori baseino, tai tas argumentas teigia, kad bendruomenė statytų baseiną, jeigu tie, kurie nori teatro, negali įrodyti, kad jų teikiamos pirmenybės teatrui intensyvumas taip žymiai pranoksta kitų teikiamą pirmenybę baseinui, jog ji turi didesnį svorį nepriklausomai nuo skaičių. Nedera vienam sergančiam žmogui teikti pirmenybės kito atžvilgiu tuo pagrindu, kad jis yra vertesnis oficialaus rūpesčio; nedera teikti pirmenybės teatro žiūrovų polinkiams tuo pagrindu, kad jie yra labiau gerbtini. Anot Benthamo frazės, kiekvienas žmogus traktuotinas kaip vienas ir joks žmogus netraktuotinas kaip daugiau nei vienas žmogus.

Šie paprasti pavyzdžiai parodo, kad utilitarinis argumentas ne tik gerbia, bet ir įkūnija kiekvieno piliečio teisę būti traktuojamam kaip lygiam kiekvienam kitam. Kiekvieno individo teikiamų pirmenybių sėkmės šansai konkurencijoje dėl socialinės politikos priklausys nuo to, kiek jam svarbios jo teikiamos pirmenybės ir kiek kitų žmonių turi tas pačias teikiamas pirmenybes, palyginti su konkuruojančių teikiamų pirmenybių intensyvumu ir skaičiumi. Jo šansams neturės įtakos nei pareigūnų, nei bendrapiliečių pagarba arba panieka, taigi jis nebus jų įkaitas ar įnamis.

Tačiau jeigu įdėmiai panagrinėsime visą teikiamų pirmenybių spektrą, kurias individai iš tikro turi, pamatysime, kad išorinis egalitarinis utilitarinio argumento pobūdis dažnai esti apgaulingas. Teikiamos pirmenybės utilitarizmas reikalauja iš pareigūnų stengtis patenkinti žmonių teikiamas pirmenybes, kiek tai yra įmanoma. Tačiau individo teikiama pirmenybė konkrečios politikos pasekmėms, toliau paanalizavus, gali būti suprantama kaip asmeninės

teikiamos pirmenybės savo malonumui, kurį teikia kokios nors gėrybės arba galimybės, atspindys, arba atspindys išorinės teikiamos pirmenybės gėrybių ir galimybių priskyrimui kitiems, arba ir viena, ir kita. Pavyzdžiui, baltasis teisės mokyklos kandidatas gali teikti asmeninę pirmenybę pasekmėms, nes ši politika pagerina jo paties sėkmės šansus, arba išorinę pirmenybę toms pasekmėms, nes jis su panieka žiūri į juodaodžius ir neigiamai vertina socialines situacijas, kuriose maišosi rasės.

Perskyra tarp asmeninių ir išorinių teikiamų pirmenybių yra labai svarbi štai dėl kokios priežasties. Jeigu be asmeninių teikiamų pirmenybių, utilitarinis argumentas atsižvelgia ir į išorines teikiamas pirmenybes, tai egalitarinis to argumento pobūdis yra pažeidžiamas, mat šansas, jog kieno nors teikiamoms pirmenybėms turėtų pasisekti, tuomet priklausys ne tik nuo reikalavimo, kad netrukdytų kitų asmeninės teikiamos pirmenybės, bet ir nuo pagarbos ar afekto, jų jaučiamo jam ar jo gyvenimo būdui. Jeigu išorinės teikiamos pirmenybės yra lemiamas veiksnys, tuomet faktas, jog politiniu atžvilgiu bendruomenei yra geriau utilitarine prasme, *ne*teiktų pateisinimo, suderinamo su teise tų, kuriuos ji stato į nepalankią padėtį, būti traktuojamiems kaip lygiems.

Ši utilitarizmo yda akivaizdi tuomet, kuomet kai kurie žmonės teikia išorines pirmenybes dėl to, kad laikosi politinių teorijų, kurios pačios yra priešingos utilitarizmui. Tarkime, jog daug piliečių, kurie patys neserga, laikosi rasistinės politikos ir todėl teikia pirmenybę tam, kad deficitinis medikamentas butų teikiamas baltajam žmogui, kuriam jo reikia, o ne juodaodžiui, kuriam jo reikia labiau. Jeigu utilitarizmas šias politines pirmenybes laiko atsižvelgtinomis tiesiogine prasme, tai jis pats save paneigs asmeninių pirmenybių atžvilgiu, nes tuomet medikamento paskirstymas, taip žiūrint anaiptol nebus utilitariškas. Kad ir kaip ten būtų, paneigs ar ne, paskirstymas nebus egalitariškas apibrėžtąja prasme. Juodaodžiai nukentės dėl to, jog kiti mano juos esant mažiau vertus pagarbos ir rūpesčio, o šios skriaudos laipsnis priklausys nuo rasistinės pirmenybės teikimo griežtumo.

Panaši yda ryški tuomet, kai išorinės teikiamos pirmenybės, kurios laikomos atsižvelgtinomis, yra altruistinės arba moralistinės. Tarkime, daug piliečių, kurie patys neplaukioja baseine, teikia pirmenybę baseinui, o ne teatrui, nes teigiamai žiūri į sportą ir žavisi sportininkais, arba dėl to, kad mano, jog teatras yra nemoralus dalykas ir turi būti išstumtas. Jeigu altruistinės teikiamos pirmenybės laikomos atsižvelgtinomis sutvirtinant asmenines baseino mėgėjų teikiamas pirmenybes, rezultatas bus dvigubo paisymo forma: kiekvienas plaukiojantysis turės ne tik savo teikiamos pirmenybės privilegiją, bet taip pat kieno nors kito teikiamos pirmenybės privilegiją, kuriam teikia malonumą jo sėkmė. Jeigu moralistinės teikiamos pirmenybės yra laikomos atsižvelgtinomis, efektas bus tas pats: aktoriai ir žiūrovai nukentės dėl to, kad piliečiai, nepriklausomai nuo savo asmeninių teikiamų pirmenybių, jų teikiamos pirmenybės laiko mažiau gerbtinomis.

Šiuose pavyzdžiuose išorinės teikiamos pirmenybės yra nepriklausomos nuo asmeninių teikiamų pirmenybių. Tačiau, žinoma, politinės, altruistinės ir moralistinės teikiamos pirmenybės dažnai nėra nepriklausomos, o įskiepytos į asmenines teikiamas pirmenybes, kurias jos sutvirtina. Jeigu aš esu baltasis ir sergu, galiu taip pat laikytis rasistinės politikos. Jeigu noriu baseino savo paties malonumui, taip pat galiu būti altruistiškas savo kaimyno sportininko labui arba taip pat galiu manyti, kad teatras yra amoralus dalykas. Šių išorinių teikiamų pirmenybių laikymo atsižvelgtinomis pasekmės lygybei bus tokios pat rimtos, kokios jos būtų nepriklausomai nuo asmeninės teikiamos pirmenybės, tie, prieš ką nukreiptos išorinės teikiamos pirmenybės, gali būti nepajėgūs arba gali nenorėti išplėtoti atsakomąsias išorines teikiamas pirmenybes, kurios sukurtų pusiausvyrą.

Taigi išorinės pirmenybės yra didelė problema utilitarizmui. Šios teorijos populiarumą labiausiai lemia prielaida, kad ji įkūnija piliečių teisę būti traktuojamiems kaip lygiems. Tačiau jeigu atsižvelgiama į išorines pirmenybes bendrosiose teikiamose pirmenybėse, tai šiai prielaidai iškyla pavojus. Tai savaime yra svarbus ir nesulaukęs deramo dėmesio politinės teorijos momentas; pavyzdžiui, jis turi įtakos liberaliajai tezei – jos svarbą pirmas iškėlė Millis – jog val-

džia neturi teisės įgyvendinti populiariąją moralę teisės priemonėmis. Dažnai sakoma, kad ši liberali tezė nesuderinama su utilitarizmu, nes jeigu, pavyzdžiui, ta daugumos teikiama pirmenybė nuostatai, jog homoseksualumas turi būti represuojamas, yra pakankamai tvirta, utilitarizmas turi realizuoti jų pageidavimus. Tačiau teikiama pirmenybė nuostatai prieš homoseksualumą yra išorinė pirmenybė, o čia svarstomas argumentas nurodo bendrą priežastį, kodėl utilitaristai neturėtų atsižvelgti į bet kokios formos išorines pirmenybes. Jeigu utilitarizmas yra tinkamai nekuriamas, kad atsižvelgtų tik į asmenines teikiamas pirmenybes, tai liberali tezė yra tos teorijos pasekmė, o ne priešingybė.

Tačiau ne visuomet įmanoma atkurti utilitarinį argumentą taip, kad atsižvelgiama būtų tik į asmenines pirmenybes. Kartais asmeninės ir išorinės teikiamos pirmenybės yra taip neatsiejamai glaudžiai susiliejusios ir tiek savitarpiškai priklausomos, kad joks praktinis testas joms pamatuoti nepajėgs atskirti asmeninių ir išorinių bet kurio individo bendros teikiamos pirmenybės elementų. Tai ypač pasakytina apie tuos atvejus, kai teikiamas pirmenybes veikia išankstinė nuostata. Panagrinėkime, pavyzdžiui, baltojo teisės studento bendrauti teikiamą pirmenybę su kolegomis baltaisiais. Šią teikiamą pirmenybę galima teigti esant asmeninę teikiamą pirmenybę bendrauti su vienokiu kolega, o ne kitokiu. Tačiau tai tokia asmeninė teikiama pirmenybė, kuri yra kenksminga išorinių teikiamų pirmenybių atžvilgiu: išskyrus labai retus atvejus, baltasis studentas teikia pirmenybę baltųjų kompanijai, nes laikosi rasistinių socialinių ir politinių įsitikinimų, arba dėl to, kad niekina juodaodžius kaip grupę. Jeigu į šias teikiamas pirmenybes bendrauti atsižvelgiama utilitariniame argumente, naudojamame pateisinti segregacijai, tai egalitarinis argumento pobūdis sugriaunamas, lygiai kaip tuo atveju, jeigu į grindžiamąsias išorines pirmenybes būtų atsižvelgiama tiesiogiai. Iš juodaodžių būtų atimta jų teisė būti lygiai traktuojamiems, nes šansai, jog jų teikiamos pirmenybės bus prioritetinės formuojant studentų priėmimo politiką, būtų pažeisti nepagarbos, kurios kiti laikosi jų atžvilgiu. Tuomet bet kokioje bendruomenėje, kurioje prietaras tam tikros mažumos

atžvilgiu yra tvirtas, asmeninės teikiamos pirmenybės, kurių turi laikytis tik utilitarinis argumentas, bus smelkiamos to prietaro; todėl tokioje bendruomenėje joks utilitarinis argumentas, siekiantis pateisinti nenaudą tai mažumai, negali būti teisingas[1].

Todėl šis paskutinis keblumas yra lemtingas Teksaso teisės mokyklos utilitariniams argumentams segregacijos naudai. Teikiamos pirmenybės, kurios galėtų paremti bet kokį tokio pobūdžio argumentą, yra arba akivaizdžiai išoriškos, kaip kad plačiosios bendruomenės teikiamos pirmenybės rasiniam atskyrimui, arba yra neatsiejamos su išorinėmis teikiamomis pirmenybėmis, tokiomis kaip baltųjų studentų teikiama pirmenybė bendrauti su baltaisiais kolegomis ir baltųjų teisininkų – su baltaisiais kolegomis, ir priklausomos nuo jų. Šios išorinės teikiamos pirmenybės yra taip plačiai paplitusios, kad turi sumenkinti bet kokį tokio pobūdžio argumentą. Todėl Teksaso teisės mokyklos teiginys, kad segregacija daro bendruomenės padėtį geresnę utilitarine prasme, yra nesuderinamas su Sweatto teise būti lygiai traktuojamam, kurią garantuoja Lygios apsaugos nuostata.

Šiai išvadai neturi reikšmės ar išorinės teikiamos pirmenybės pateisina pagrindinę politinę strategiją, ar pateisina išvestinę politinę strategiją, skirtą diegti fundamentalesnę politiką. Tarkime, Teksaso teisės mokykla segregaciją pateisina apeliuodama į tariamai neutralią ekonominę bendruomenės materialios gerovės ugdymo politiką,

---

[1] Šioje pastraipoje pateiktas argumentas yra stiprus, bet savaime nėra pakankamas diskvalifikuoti visiems utilitariniams argumentams, kurie produkuoja esminę nenaudą mažumoms, kenčiančioms dėl prietarų. Tarkime, valdžia remdamasi utilitariniu argumentu nusprendžia leisti plisti nedarbui, nes nuostolį netenkantiems darbo nusveria nauda tiems, kurie šiaip nukentėtų nuo infliacijos. Šios politikos našta neproporcingai prislėgs pečius juodaodžių, kurie bus atleisti iš darbo pirmiausiai, nes prietaras yra nukreiptas prieš juos. Tačiau nors prietaras šiuo būdu veikia nedarbo politikos pasekmes, jis nefigūruoja, net netiesiogiai, utilitariniame argumente, kuris remia tą politiką. (Jis figūruoja – jei iš viso figūruoja – kaip utilitarinis argumentas prieš ją.) Todėl negalime sakyti, jog ypatinga žala, kurią juodaodžiai patiria dėl aukšto nedarbo lygio politikos, yra neteisinga dėl priežasčių, aprašomų šioje esė. Visai gali būti, kad ji yra neteisinga dėl kitų priežasčių; pavyzdžiui, jeigu teisus Johnas Rawlsas, ji yra neteisinga dėl to, kad ta politika gerina daugumos sąlygas sąskaita tų, kurių padėties jau ir šiaip yra blogesnė.

kuri tenkina kiekvieno asmeninę teikiamą pirmenybę geresniam namui, maistui ir poilsiui. Jeigu argumentas, kad segregacija padidins bendruomenės materialinę gerovę, priklauso nuo išorinės teikiamos pirmenybės; jeigu šis argumentas, pavyzdžiui, pažymi, kad, turint omenyje prielaidą, pramonė dirbs našiau, jeigu gamyklos bus segreguotos; tai šis argumentas teigia, kad juodaodžio asmenines teikiamas pirmenybes sumenkina kitų nuomonė apie jį. Utilitariniai argumentai, pateisinantys nenaudą rasės nariams, prieš kuriuos nukreiptas prietaras, visuomet bus neteisingi argumentai, jeigu negalima parodyti, kad ta pati nenauda būtų buvusi pateisinama, jeigu prietaro nebūtų. To niekuomet neįmanoma parodyti, jeigu prietaras yra plačiai paplitęs ir visa apimantis, koks iš tiesų yra prietaras juodaodžių atžvilgiu. Teikiamos pirmenybės, kuriomis turi būti grindžiamas bet koks ekonominis, segregaciją pateisinantis argumentas, bus taip susijusios su prietaru, kad jų neįmanoma atskirti tiek, kad galima būtų padaryti tokią faktams prieštaraujančią hipotezę įtikinamą.

Dabar mes turime paaiškinimą, parodantį, kodėl bet kokia segregacijos forma, kuri blogina juodaodžių padėtį, Jungtinėse Valstijose yra automatiškai užgauli jų atžvilgiu, ir kodėl tokia segregacija pažeidžia jų teisę būti lygiai traktuojamiems. Šis paaiškinimas patvirtina mūsų nuojautą, kad utilitariniai argumentai, siekiantys pateisinti segregaciją, yra ne šiaip neteisingi detalių požiūriu, bet neadekvatūs iš principo. Tačiau šis priekaištas utilitariniams argumentams nėra taikytinas tik rasei ar netgi tik prietarui. Esama kitų atvejų, kai atsižvelgimas į išorines pirmenybes pažeistų piliečių teises būti lygiai traktuojamiems, ir verta juos glaustai aptarti, jau vien siekiant apginti argumentą nuo kaltinimo, esą jis yra suformuluotas *ad hoc* rasiniam atvejui. Aš galėčiau turėti moralinę teikiamą pirmenybę prieš profesijos moteris arba altruistinę teikiamą pirmenybę dorybingiems vyrams. Būtų neteisinga bet kokios teisės mokyklos atveju atsižvelgti į tokias teikiamas pirmenybes kaip šitos, sprendžiant, ką priimti į teisės mokyklą; neteisinga, nes šios teikiamos pirmenybės, kaip ir rasiniai prietarai, pretendento asmeninių teikiamų pirmenybių sėk-

mę daro priklausomą nuo kitų pagarbos ir pritarimo, o ne nuo kitų konkuruojančių asmeninių teikiamų pirmenybių.

Tačiau toks pat priekaištas negalioja utilitariniam argumentui, naudojamam pateisinti priėmimui, grindžiamam protiniais gebėjimais. Šiai politikai nėra reikalo remtis, tiesiogiai ar netiesiogiai, jokia bendruomenės nuojauta, jog protingi teisininkai dėl savo savybių yra vertesni pagarbos. Veikiau ji remiasi pačios teisės mokyklos vertinimu, teisingu arba neteisingu, kad inteligentiški teisininkai gali efektyviau tenkinti asmenines kitų teikiamas pirmenybes, tokias kaip teikiamas pirmenybes materialinei gerovei arba bylų sėkmei. Teisės firmos ir klientai iš tiesų pirmenybę teikia protingų teisininkų paslaugoms; šis faktas galėtų versti mus įtariai žiūrėti į bet kokį utilitarinį argumentą, kurį sakoma esant nepriklausomą nuo tos teikiamos pirmenybės, lygiai kaip įtariai žiūrime į bet kokį argumentą, pateisinantį segregaciją, kurį sakoma esant nepriklausomą nuo prietaro. Tačiau plačiai išpažįstama teikiama pirmenybė inteligentiškiems teisininkams, apskritai imant, nėra kenksminga išorinių teikiamų pirmenybių atžvilgiu: teisės firmos ir klientai teikia pirmenybę inteligentiškiems teisininkams dėl to, kad taip pat laikosi nuomonės, jog tokie teisininkai galės efektyviau tenkinti jų asmenines teikiamas pirmenybes. Tokio pobūdžio instrumentinės teikiamos pirmenybės pačios nefigūruoja utilitariniuose argumentuose, nors teisės mokykla gali pritarti, savo pačios atsakomybe, instrumentinei hipotezei, nuo kurios tokios teikiamos pirmenybės priklauso[1].

---

[1] Be abejonės, kai kurių vyrų ir moterų teikiama pirmenybė intelektualiems kompanionams yra parazitiška išorinių teikiamų pirmenybių atžvilgiu; jie vertina tuos kompanionus ne kaip priemones siekiant ko kito, bet dėl to, kad mano, jog inteligentiški žmonės yra geresni ir vertesni pagarbos negu kiti. Jeigu tokios teikiamos pirmenybės būtų pakankamai tvirtos ir labai paplitusios, mes galėtume prieiti tą pačią išvadą, kurią priėjome dėl segregacijos: kad jokiu utilitariniu argumemtu, pretenduojančiu pateisinti diskriminaciją prieš mažesnio intelekto lygio vyrus ir moteris, negalėtų būti pasitikima kaip teisingu. Tačiau nėra jokios priežasties tarti, kad Jungtinės Valstijos yra tokios intelektualistinės; ir tikrai nėra jokio pagrindo manyti, kad jos yra intelektualistinės tokiu laipsniu, kuris daro jas rasistiškas.

5.

Taigi aptarėme reikiamus kriterijus *DeFunis* ir *Sweatt* byloms atskirti. Visi argumentai priėmimo programos, diskriminuojančios juodaodžius, naudai yra utilitariniai argumentai, ir visi jie yra tokie utilitariniai argumentai, kurie remiasi išorinėmis teikiamomis pirmenybėmis taip, kad pažeidžia konstitucinę juodaodžių teisę būti lygiai traktuojamiems. Argumentai, palaikantys priėmimo programą, kuri diskriminuoja juodaodžių naudai, yra sykiu ir utilitariniai, ir idealieji. Kai kurie iš utilitarinių argumentų remiasi, bent jau netiesiogiai, išorinėmis teikiamomis pirmenybėmis, kaip kad kai kurių juodaodžių teikiama pirmenybė jų pačių rasės teisininkams; tačiau utilitariniai argumentai, kurie nesiremia tokiomis teikiamomis pirmenybėmis, yra stiprūs ir gali būti pakankami. Idealieji argumentai iš viso nesiremia teikiamomis pirmenybėmis, o remiasi nepriklausomu argumentu, kad lygesnė visuomenė yra geresnė visuomenė, net jeigu jos piliečiai teikia pirmenybę nelygybei. Šis argumentas neneigia kiekvieno *(anyone's)* teisės į lygybę.

Taigi *DeFunis* bylos atveju mums lieka paprastas ir tiesmukas argumentas, kuriuo pradėjome. Rasiniai kriterijai nebūtinai yra teisingi standartai nuspręsti, kurie pretendentai turi būti priimti į teisės mokyklas. Tačiau tokie nėra ir intelektiniai kriterijai, ir, tiesą sakant, joks kitas kriterijų kompleksas. Bet kokios priėmimo programos teisingumas – ir konstituciškumas – turi būti testuojamas tuo pačiu būdu. Ji yra pateisinama, jeigu tarnauja deramai politikai, kuri gerbia visų bendruomenės narių teisę į lygybę, antraip ji yra nepateisinama. Kriterijai, kuriais rėmėsi mokyklos, atsisakiusios priimti juodaodžių prašymus, neišlaikė šio testo, tačiau kriterijai, naudoti Vašingtono universiteto teisės mokyklos, išlaiko.

Mes visi esame pagrįstai įtarūs rasinių skirstymų atžvilgiu. Jie buvo naudojami paneigti, o ne gerbti teisę į lygybę, ir mes visi esame įsisamoninę iš to kylantį neteisingumą. Tačiau jeigu mes neteisingai suprantame to neteisingumo esmę dėl to, kad neatsižvelgiame į skirtumus būtinus jam suprasti, tai gresia pavojus, kad neteisingumas

tęsis. Gali būti, kad lengvatinės priėmimo programos iš tikrųjų nesukurs lygesnės visuomenės, nes jos gali neturėti tų pasekmių, kurių, jų advokatų įsitikinimu, jos turės. Šis strateginis klausimas turėtų sudaryti debatų dėl šių programų šerdį. Tačiau mes turime nežlugdyti debatų, darydami prielaidą, kad šios programos yra neteisingos, net jeigu jos yra efektyvios. Turime būti apdairūs ir nepasinaudoti Lygios apsaugos nuostata tam, kad atimtume iš savęs lygybę.

10. Laisvė ir dorovė

Be abejonės, dauguma amerikiečių ir anglų mano, kad homoseksualumas, prostitucija ir pornografijos publikavimas yra amoralūs dalykai. Kokį vaidmenį šis faktas turi vaidinti nusprendžiant, ar šiuos dalykus reikia kriminalizuoti? Tai painus klausimas, apimantis daugybę problemų, kurių šaknys glūdi filosofiniuose ir sociologiniuose prieštaravimuose. Tačiau tai klausimas, kurį teisininkai turi spręsti, ir neseni prieštaringi įvykiai – Wolfendeno pranešimo publikacija Anglijoje[1], sukėlusi viešus debatus dėl prostitucijos ir homoseksualumo, bei daugelis sprendimų, reglamentuojančių nepadorumą *(obscenity decisions)* Jungtinių Valstijų Aukščiausiajame teisme[2], – verčia mus jo imtis.

Esama keleto pozicijų šiais klausimais, iš kurių kiekviena turi savo problematiškų aspektų. Ar galima sakyti, kad viešo pasmerkimo paties savaime pakanka pateisinti veiksmo kriminalizavimui? Šitai atrodo nesuderinama su mūsų individualios laisvės tradicijomis ir žinojimu, kad net didžiausios minios moralė negali būti laikoma garantuota tiesa. Jeigu viešo pasmerkimo nepakanka, ko dar reikia? Ar turi būti koks nors konkretiems asmenims, tiesiogiai paliestiems svarstomosios praktikos, padarytos žalos įrodymas? Gal pakanka įrodyti kokį nors poveikį socialiniams papročiams ir institucijoms, poveikį, kuris keičia socialinę aplinką, taigi visus visuomenės narius veikia netiesiogiai? Jeigu pakanka pastarojo įrodymo, ar reikia taip pat parodyti, kad šie socialiniai pokyčiai gresia ilgalaike kokios nors standartinės rūšies žala, to-

[1] *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution,* Cmd. no. 247 (1957).

[2] *Memoirs v. Massachusetts (Fanny Hill),* 383 U.S. 413 (1966), *Ginzburg v. United States,* 383 463 U.S. (1966), *Mishkin v. New York,* 383 U.S. 502 (1966).

kia kaip nusikalstamumo padidėjimas arba našumo nuosmukis? O gal pakaktų parodyti, kad didžioji dauguma esamos bendruomenės pasmerktų pokyčius? Jeigu taip, ar žalos įrodymo reikalavimas esmingai papildo paprastą viešojo pasmerkimo reikalavimą?

1958 m. lordas Devlinas perskaitė antrąją Maccaba *(Maccabaean)* ciklo paskaitą Britų akademijoje. Savo paskaitą jis pavadino „Dorovės diegimas" *(The Enforcement of Morals)* ir ją skyrė tiems principiniams klausimams[1]. Savo išvadas jis apibendrino šiomis pastabomis apie homoseksualumo praktiką: „Pirmiausia turime savęs paklausti ar, žvelgdami ramiai ir beaistriu žvilgsniu, laikome tai tokia atgrasia nuodėme, kad pats jos egzistavimas yra nusikalstamas *(offence)*. Jeigu taip iš tikrųjų jaučia visuomenė, kurioje gyvename, nematau galimybės, kaip iš visuomenės gali būti atimta teisė ją sunaikinti *(eradicate)*"[2].

Paskaita, ir ypač ši hipotetinė pozicija dėl homoseksualų baudimo, sukėlė kritikos audrą, kuri iš akademinių žurnalų persimetė į radiją ir beveik populiariąją spaudą[3]. Lordas Devlinas per tą laiką iš naujo paskelbė savo Maccaba paskaitą, kartu su šešiomis kitomis esė, plėtojančiomis ir ginančiomis ten išreikštas pažiūras, pratarme visai knygai ir kai kuriomis svarbiomis naujomis išnašomis, pridėtomis prie paskaitos originalo[4].

Amerikiečių teisininkai privalo įdėmiai apsvarstyti lordo Devlino argumentus. Jo išvados nebus populiarios, nors pasipūtėliškas nejautrumas, kurį įžvelgia kai kurie jo kritikai, įdėmiau įsiskaičius išnyksta. Nesvarbu, populiarūs jie ar ne, mes neturime teisės jų ignoruoti, kol nesame radę tinkamo atsakymo į jo argumentus. Vienas iš šių argumentų, – antrasis iš dviejų, dėl kurių aš diskutuosiu, – turi tą

---

[1] Devlin, The Enforcement of Morals (1959). Perspausdinta kn: Devlin, *The Enforcement of Morals* (1965). [Toliau cituojame šią knygą, nurodydami kaip Devlin.]

[2] Devlin, 17. Ši pozicija buvo apdairiai suformuluota kaip hipotetinė. Atrodo, jog lordas Devlinas ir dabar nemano, kad ta sąlyga yra patenkinta, nes nuo to laiko, kai knyga pasirodė, jis viešai ragino padaryti įstatymų dėl homoseksualumo pakeitimus.

[3] Lordas Devlinas nuorodas į šiuos komentarus įtraukia į bibliografiją. Devlin xiii.

[4] Devlin.

dėmesio vertą privalumą, jog atkreipia dėmesį į ryšį tarp demokratinės teorijos ir moralės įgyvendinimo. Jis skatina mus apmąstyti, įdėmiau negu tai esame padarę, esminės svarbos sąvoką, nuo kurios tas ryšys priklauso, – viešosios moralės sąvoką.

LORDO DEVLINO PRAREGĖJIMAS

Naujosios knygos pratarmėje yra daug ką paaiškinantis pasakojimas, kaip lordas Devlinas priėjo prie savo prieštaringos nuomonės. Maždaug tuo laiku, kai jis buvo pakviestas parengti savo Maccaba paskaitą, įžymusis Wolfendeno komitetas buvo paskelbęs savo rekomendaciją, pasak kurios privatūs homoseksualiniai santykiai tarp sutariančių suaugusiųjų neturėtų būti laikomi nusikalstamais. Jam pasirodė visiškai priimtinas komiteto apibrėžtas nusikaltimo ir nuodėmės atskyrimo kriterijus:

> Šioje srityje jos [teisės] funkcija, mūsų supratimu, yra išsaugoti viešąją tvarką ir padorumo normas, apginti pilietį nuo to, kas yra nusikalstama ir užgaulu, ir suteikti pakankamus saugiklius, užkertančius kelią kitų išnaudojimui ir žalingai įtakai jų atžvilgiu. [...] Mūsų požiūriu, ne teisės funkcija kištis į privatų piliečių gyvenimą arba siekti įdiegti kokį nors konkretų elgesio modelį, kištis į privatų piliečių gyvenimą daugiau negu tai būtina, siekiant įgyvendinti tuos tikslus, kuriuos mes nusakėme. [...]

[T]uri likti privačios moralės ir nemoralumo sfera, kuri, glaustai ir šiurkštokai formuluojant, yra ne teisės reikalas[1].

Lordas Devlinas manė, kad šie idealai, kuriuos jis identifikavo kaip išvestus iš Jeremy Benthamo ir Johno Stuarto Millio mokymo, yra nekvestionuotini. Jis nusprendė paskirti savo paskaitą skausmingam svarstymui, kokie dar pakeitimai, be homoseksualumo baudžiamojo statuso pakeitimų, kuriuos rekomendavo komitetas, būtų būtini, kad Anglijos baudžiamoji teisė būtų priderinta prie jų.

[1] *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, 9–10, 24.

Tačiau nuodugnesnis susipažinimas, pasak jo, „užuot patvirtinęs, sugriovė paprastą tikėjimą, kurį turėjau pradėdamas spręsti savo uždavinį“[1], o pabaigoje jis galutinai įsitikino, kad šie idealai yra ne tik kvestionuotini, bet apskritai neteisingi.

Jo praregėjimo faktas yra aiškus, tačiau praregėjimo mastas – ne. Kartais atrodo, kad jis pritaria atvirkščiai Komiteto pozicijai, jog visuomenė turi teisę bausti už elgesį, kuriam jos nariai griežtai nepritaria, nors tas elgesys ir neturi jokių pasekmių, galinčių pakenkti kitiems, nes valstybė turi atlikti moralinio prižiūrėtojo *(tutor)* vaidmenį, o baudžiamoji teisė yra tinkamas auklėjimo metodas. Skaitytojus, kurie šitai laiko jo pozicija, trikdo tas faktas, kad iškiliems filosofams ir teisininkams rūpėjo į tai atsakyti, nes šitai atrodo kaip pozicija, kuria galima drąsiai laikyti ekscentriška. Iš tikrųjų jis argumentuoja ne šią poziciją, o pozicijas, kurios yra sudėtingesnės ir nei tokios ekscentriškos, nei taip akivaizdžiai besikertančios su Wolfendeno idealais. Jos niekur nėra reziumuojamos kokia nors glausta forma (išties teiginys apie homoseksualumą, kurį jau pacitavau, yra tokia pat gera reziumė, kaip ir jo pateikiamos), o turi būti padarytos iš sudėtingų jo plėtojamų argumentų.

Pagrindiniai jo argumentai yra du. Pirmasis išsakytas struktūrizuota forma Maccaba paskaitoje. Jis remiasi visuomenės teise apsaugoti savo būtį. Antrasis, visai kitoks ir kur kas svarbesnis argumentas, plėtojamas nevientisai įvairiose esė. Jis remiasi daugumos teise vadovautis savo moraliniais įsitikinimais, ginant savo socialinę aplinką nuo permainos, kuriai ji priešiška. Aš savo ruožtu apsvarstysiu abu argumentus, tačiau antrąjį – plačiau.

PIRMASIS ARGUMENTAS: VISUOMENĖS TEISĖ APSISAUGOTI

Pirmasis argumentas, – ir argumentas, kuris ligi šiol susilaukė daugiausiai kritikų dėmesio, – yra štai koks[2].

---

[1] Devlin, vii.

[2] Išsamiausią jo plėtotę žr. Devlin, 7–25.

(1) Šiuolaikinėje visuomenėje yra įvairių moralinių principų, kurių tam tikri žmonės laikosi kontroliuodami savo elgesį ir nesistengia primesti kitiems. Taip pat yra moralinių standartų, kurių dauguma reikalauja laikytis jų nepripažįstančių. Konkrečios religijos diktuojamos nuostatos pagal mūsų sampratą yra pirmosios klasės pavyzdys, o monogamijos praktika – antrosios. Visuomenė negali išlikti, jeigu tam tikri standartai nėra priskirti antrajai klasei, nes tam tikras moralinis prisiderinimas yra būtinas jos gyvavimui. Kiekviena visuomenė turi teisę apsaugoti savo egzistenciją, taigi ir teisę primygtinai laikytis nuostatos, jog koks nors tokio pobūdžio prisiderinimas yra būtinas.

(2) Jeigu visuomenė turi tokią teisę, tai ji turi ir teisę panaudoti institucijas ir jos baudžiamosios teisės sankcijas įgyvendinti tą teisę – „[V]isuomenė gali naudoti teisę apsaugoti moralei tuo pačiu būdu, kuriuo ji ją naudoja saugoti visam kitam, jeigu tai esminga jos egzistavimui“[1]. Lygiai kaip visuomenė gali panaudoti teisę, kad užkirstų kelią tėvynės išdavimui, ji gali naudoti ją užkirsti kelią pažeidimui tų ryšių, kurie ją išlaiko vieningą.

(3) Tačiau visuomenės teise bausti už nemoralumą nebūtinai turėtų būti naudojamasi prieš bet kokį nemoralumą ir bet kokia proga – turime pripažinti tam tikrų ribojančių principų įtaką ir svarbą. Esama keleto jų, bet svarbiausias tas, kad „turi būti su visuomenės integralumu suderinamo individualios laisvės maksimumo tolerancija“[2]. Šie ribojantys principai reikalauja būti atsargiems darant išvadą, jog elgsena laikoma didžiai nemoralia. Teisė neturėtų būti įgyvendinama jei tos elgsenos smerkimas sukelia visuomenės nervingumą arba neryžtingumą, arba paslėptą toleranciją. Tačiau nė vienas iš šių ribojančių principų netinka – taigi visuomenė gali laisvai įgyvendinti savo teises – kai viešas jausmas yra intensyvus, tvarus ir neatlyžtamas – kai, pasak lordo Devlino, jis pakyla iki „nepakantos, piktinimosi ir

[1] *Ibid.*, 11.
[2] *Ibid.*, 16.

bjaurėjimosi“[1]. Reziumuojant galima daryti išvadą dėl homoseksualumo: jeigu jis autentiškai traktuojamas kaip pasibaisėtina nuodėmė, visuomenės teisė jį išgyvendinti negali būti paneigta.

Turime imtis atsargumo priemonių dėl galimo šio argumento neteisingo supratimo, kurio tikimybė išties didelė. Jis nepriklauso nuo prielaidos, kad kai bendruomenės dauguma mano, jog elgsena yra nemorali, jie greičiausiai yra teisūs. Kai mūsų viešajai moralei metamas iššūkis, tuomet, lordo Devlino manymu, sprendžiamas paties visuomenės išlikimo klausimas, ir, jo manymu, visuomenė turi teisę išsaugoti save, neįrodinėdama moralės, kuri ją išlaiko.

Ar šis argumentas įtikinamas? Profesorius H. L. A. Hartas, atsiliepdamas į to argumento panaudojimą kaip pagrindinio Maccaba paskaitos argumentacijoje[2], manė, kad jis remiasi klaidinga visuomenės samprata. Jeigu laikomasi tradicinės visuomenės sampratos, teigė jis, absurdiška manyti, kad kiekvienas elgesio modelis, į kurį visuomenė žiūri kaip į didžiai amoralų ir pasibjaurėtiną, gresia jo išlikimui. Šitai yra tiek pat kvaila, kaip ir tvirtinti, kad visuomenės egzistavimui kelia pavojų vieno iš jos narių mirtis arba kito gimimas, ir lordas Devlinas, kaip mums primena Hartas, nepateikia jokio įrodymo teiginiui paremti. Tačiau jeigu remiamasi netradicine visuomenės samprata, pagal kurią visuomenę sudaro tas konkretus moralinių idėjų ir laikysenų kompleksas, kurio konkrečiu laiko momentu laikosi jos nariai, netoleruotina, kad kiekvienas toks moralinis *status quo* turėtų teisę jėga saugoti savo nepagrįstą egzistavimą. Taigi, – sako profesorius Hartas, – lordo Devlino argumentas patiria nesėkmę, nesvarbu, ar remiamasi tradicine ar netradicine „visuomenės“ samprata.

Lordas Devlinas atsako profesoriui Hartui nauju ir ilgu samprotavimu. Reziumavęs Harto kritiką, jis komentuoja: „Aš netvirtinu, kad bet koks nukrypimas visuomenės bendros moralės atžvilgiu kelia pavojų jos egzistencijai, lygiai kaip neteigiu, kad *bet kokia* ardomoji veikla kelia pavojų jos egzistencijai. Aš tvirtinu, kad abi šios

[1] *Ibid.*, 17.

[2] H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality* 51 (1963).

veiklos yra tokios, kurios iš esmės gali sukelti pavojų visuomenės būčiai, tad nė viena negali būti ignoruojama teisės"[1]. Šis atsakymas atskleidžia rimtą argumentacijos trūkumą.

Jis byloja, kad antrąjį argumento žingsnį – esminės svarbos teiginį, jog visuomenė turi teisę įgyvendinti savo viešą moralę teisės priemonėmis, – turime suprasti kaip apsiribojantį paneigimu teiginio, kad visuomenė niekuomet neturi tokios teisės. Wolfendeno pranešimo teiginį, jog „privačios moralės sritis [...] yra ne teisės reikalas", lordas Devlinas tikriausiai suprato kaip nustatytą jurisdikcinį barjerą, visiems laikams atskiriantį privačią seksualinę elgseną nuo teisės reguliavimo srities. Jo argumentai, – kaip teigiama naujame samprotavime, – sumanyti tiesiog parodyti, kad joks konstitucinis tokio pobūdžio barjeras neturėtų būti statomas, nes įmanoma, jog iššūkis įtvirtintajai moralei gali būti toks rimtas, kad pačiam moralinio prisiderinimo egzistavimui, taigi ir pačiai visuomenei, iškiltų pavojus[2].

---

[1] Devlin, 13.

[2] Toks perskaitymas turi tvirtą atramą tekste net ir be naujosios išnašos: „Todėl aš manau, kad yra neįmanoma nustatyti teorines valstybės įgaliojimų kurti teisę prieš nemoralumą ribas. Neįmanoma iš anksto nustatyti bendros normos išimtis arba nepajudinamai apibrėžti moralės sritis, į kurias teisei turi būti jokiomis aplinkybėmis neleidžiama kištis" (Devlin, 12–13).

Pateiktieji argumentai remia štai kokią konstrukciją. Jie yra *reductio ad absurdum* tipo argumentai, eksploatuojantys galimybę, jog tai, kas yra nemoralu, teoriškai gali tapti grėsme visuomenei. „Bet tarkime, jog ketvirtis ar pusė gyventojų ima girtauti kiekvieną naktį, kas tai būtų per visuomenė? Negalima teoriškai apriboti skaičių žmonių, kurie gali prasigerti, iki visuomenė yra įgaliojama leisti įstatymus prieš girtavimą. Tas pat pasakytina apie azartinius lošimus." (*Ibid.*, 14.)

Visi šie pavyzdžiai rodo, kad negalima užbrėžti jokio jurisdikcinio apribojimo – jie nesako, kad kiekvienas pasigėręs pilietis arba kiekvienas lošimo veiksmas kelia pavojų visuomenei. Čia nėra sugestijos, kad visuomenė iš tikro turi teisę kriminalizuoti girtumą arba lošimą, jeigu ta elgsena iš tikrųjų neviršija pavojaus lygio. Iš tiesų lordas Devlinas cituoja Karališkosios komisijos žodžius apie lažybas, loterijas ir lošimus, kad paremtų savo pavyzdį apie lošimą: „Jeigu esame įsitikinę, kad nors ir koks būtų azarto lygis, šis poveikis [lošėjo kaip visuomenės nario charakteriui] turi būti žalingas, turėtume būti linkę manyti, jog valstybės pareiga buvo suvaržyti lošimą kuo didesniu praktiškai įmanomu mastu" (Cmd. no. 8190, para. 159 (1951), cit. Devlin, 14). Implikacija čia ta, kad visuomenė gali prižiūrėti ir būti pasirengusi pareguliuoti, bet iš tikrųjų to neturėtų daryti, kol nėra faktinio pavojaus.

Visai įmanoma, kad mūsų neįtikins net ir šis argumentas. Mes galime manyti, jog pavojus, kurį visuomenės būčiai gali kelti bet kokia nepopuliari elgsena, yra toks mažas, kad išmintinga politika, protingas individualios laisvės apsaugojimas nuo praeinančios isterijos, būtų iškelti būtent tokį konstitucinį barjerą ir uždrausti periodišką pavojaus matavimą.

Tačiau jeigu esame įtikinami atsisakyti tokio konstitucinio barjero, lauktume trečio argumentacijos žingsnio, kuris atsakytų į neišvengiamą tolesnį klausimą: jeigu iššūkis giliai įsišaknijusiai ir autentiškai viešajai moralei gali kelti realų pavojų visuomenės egzistencijai ir todėl turi priklausyti teisės reguliavimo sferai, kaip galime žinoti, kada pavojus yra pakankamai aiškus ir realus, kad pateisintų ne tik priežiūrą, bet ir veiksmą? Ko dar reikia, be aistringo viešojo nepritarimo, norint parodyti, kad esame ištikti aktualios grėsmės?

Dėl trečiojo žingsnio retorikos argumentas primena atsakymą į tą klausimą – daug kalbama apie „laisvę" ir „toleravimą", ir netgi „balansavimą". Tačiau atsakymo argumentas nepateikia, nes laisvė, toleravimas ir balansavimas pasirodo esą priimtini tik tuomet, kai atskleidžiama, kad viešas pasipiktinimas, diagnozuotas antruoju žingsniu, yra pernelyg sureikšmintas, t. y. kai karštinė pasirodo esanti netikra. Kai karštinė patvirtinama, kai nepakantumas, pasipiktinimas ir bjaurėjimasis yra autentiški, principas, kuris reikalauja užtikrinti „individualios laisvės maksimumą, suderinamą su visuomenės integralumu", nebegalioja. Bet tai reiškia, kad, nepaisant visko, nieko daugiau, išskyrus aistringą viešą nepritarimą, nė nereikalaujama.

Žodžiu, argumentas yra intelektualus ir apsukrus. Antruoju žingsniu viešasis pasipiktinimas yra pateikiamas kaip kriterijus, tik lokalizuojantis elgseną toje kategorijoje, kurios elgsenas teisei nedraudžiama reguliuoti. Tačiau pereinant prie trečiojo žingsnio, šis kriterijus virsta pozityvia ir teigiama priežastimi akcijai, kriterijumi, įgaliojančiu teisę imtis veiksmų be jokio papildomo pagrindimo. Šio teiginio įtakingumą patvirtina ištrauka apie homoseksualumą.

Lordas Devlinas daro išvadą, jog jeigu mūsų visuomenė pakankamai nekenčia homoseksualumo, ji yra teisi jį paskelbdama neteisėtu ir versdama asmenis rinktis, ar kęsti frustracijos kančias, ar būti persekiojamam dėl pavojaus, kurį ši elgsena kelia visuomenės egzistavimui. Jam pavyksta padaryti šią išvadą, nepateikiant jokių kitų įrodymų, kad homoseksualumas kelia apskritai kokį nors pavojų visuomenės egzistavimui, išskyrus patį teiginį, jog visi „nukrypimai nuo visuomenės bendros moralės [...] yra tokio pobūdžio, kad gali sukelti grėsmę visuomenės egzistavimui" ir todėl „negali būti ignoruojami teisės"[1].

ANTRASIS ARGUMENTAS: VISUOMENĖS TEISĖ VADOVAUTIS SAVARANKIŠKU SUPRATIMU

Taigi turime pateisinimą, leidžiantį atmesti pirmąjį argumentą ir imtis antrojo. Mano pasiūlymai siekia iškelti daug paslėptų teiginių, todėl jie neišvengiamai gali būti iškreipti, bet aš manau, kad antrasis argumentas yra štai koks[2]:

(1) Jeigu tie, kurių troškimai homoseksualūs, sau leistų juos laisvai realizuoti, mūsų socialinė aplinka pasikeistų. Kokios būtų tos permainos, sunku bent kiek tiksliau numatyti, tačiau, pavyzdžiui, įtikinama tarti, kad šeimos, kaip būtina laikomos ir natūralios institucijos, apie kurią telkiasi švietimo, ekonominės ir rekreacinės žmonių struktūros, pozicijos būtų pakirstos ir tai turėtų labai rimtų pasekmių. Mes esame pernelyg protingi, kad manytume, jog homoseksualumo išplitimo pasekmės paliestų tik tuos, kurie tokią elgseną praktikuoja, kaip kad esame pernelyg protingi manyti, jog kainos ir darbo užmokestis paveiks tik tų gyvenimą, kurie jį išsidera. Aplinka, kurioje mes ir mūsų vaikai turime gyventi, be kitų faktorių, yra apsprendžiama, modelių ir santykių, kuriuos privačiai formuoja kiti, ne mes.

---

[1] Devlin, 13, n.1

[2] Didžioji dalis argumento išsakyta Devlin, 5, 6 ir 7 sk. Taip pat žr. straipsnį, paskelbtą po knygos: „Law and Morality", 1 *Manitoba* L.S.J. 243 (1964/1965).

(2) Šitai savaime nesuteikia visuomenei teisės drausti homoseksualumą. Jokio papročio, kurį norime išsaugoti, negalime sergėti, uždarydami į kalėjimą tuos, kurie nenori jo sergėti. Bet tai reiškia, kad mūsų teisės kūrėjai turi neišvengiamai spręsti kai kuriuos moralinius klausimus. Jie turi spręsti, ar institucijos, kurioms, kaip atrodo, iškilo grėsmė, yra pakankamai vertintinos, kad jas reikėtų saugoti aukojant žmogaus laisvę. Jie taip pat turi nuspręsti, ar elgsena, kuri kelia pavojų tai institucijai, yra nemorali, nes jeigu ji yra nemorali, šitai menkina individo laisvės ją praktikuoti vertę. Mums nereikės tokio griežto, ginamų institucijų socialinę svarbą nurodančio pateisinimo, jeigu esame tikri, kad niekas neturi moralinės teisės daryti to, ką mes norime uždrausti. Kitaip tariant, mums prireiks mažiau argumentų norint apriboti kieno nors laisvę meluoti, apgaudinėti ar nerūpestingai vairuoti, negu to asmens laisvę pasirinkti savo darbus arba įkainoti savo materialines gėrybes. Tai nereiškia, kad elgesiui kriminalizuoti pakanka to, kad jis yra nemoralus; argumentas čia veikiau tas, jog tam tikromis aplinkybėmis šitai yra būtina.

(3) Tačiau kaip įstatymų kūrėjas nuspręs, ar homoseksualūs aktai yra nemoralūs? Mokslas dar negali duoti jokio atsakymo, o įstatymų kūrėjas jau negali, nenusižengdamas deramumui, kreiptis į religines organizacijas. Tačiau jeigu taip atsitinka, kad didžioji dalis bendruomenės sutaria dėl atsakymo, su kuriuo gali nesutikti mažuma išsilavinusių žmonių, įstatymų kūrėjas turi pareigą veikti sutarimo pagrindu. Šią pareigą jis turi dėl dviejų glaudžiai susijusių priežasčių: (a) Galiausiai sprendimas turi remtis kokia nors moralinio tikėjimo nuostata, o demokratijoje tokios rūšies klausimas, pirma visų kitų, turi būti sprendžiamas laikantis demokratijos principų. (b) Juk kai taikomi baudžiamosios teisės grasinimai ir sankcijos, veikia ne kas kitas, o pati bendruomenė. Bendruomenė turi prisiimti moralinę atsakomybę, todėl privalo veikti pagal savo nuovoką – t. y. pagal savo narių moralinį tikėjimą.

Taip aš suprantu antrąjį lordo Devlino argumentą. Jis yra sudėtingas, ir beveik kiekvienas jo komponentas prašosi analizuojamas ir

kvestionuojamas. Kai kurie skaitytojai nesutiks su jo centrine prielaida, kad socialinių institucijų permaina yra tokia žala, nuo kurios visuomenė turi teisę apsisaugoti. Kiti, kurie nesilaiko šios griežtos pozicijos (galbūt dėl to, kad pritaria įstatymams, skirtiems apsaugoti ekonomines institucijas), vis tiek manys, jog visuomenė neturi teisės veikti, kad ir kokia nemorali būtų elgsena, jeigu gręsianti institucijai žala yra įrodoma ir didelė, o ne spekuliatyvi. Dar kiti kvestionuos netgi tezę, kad į akto moralumą ar nemoralumą turėtų būti atsižvelgiama nustatant, ar jį reikia kriminalizuoti (nors jie, be abejo, pripažintų, kad į jį reikia atsižvelgti dabartinėje praktikoje), o dar kiti tvirtins, kad net demokratijoje teisės kūrėjai turi pareigą savarankiškai spręsti moralinius klausimus ir negali šiuos klausimus spręsdami rodyti į plačiąją bendruomenę. Aš dabar nesiūlau argumentuoti už arba prieš kurią nors iš šių pozicijų. Vietoj to noriu apsvarstyti, ar lordo Devlino išvados atitinka jo paties sąlygą, būtent – prielaidą, kad visuomenė turi teisę apsaugoti savo centrines ir vertinamas socialines institucijas nuo elgesio, kuriam didžioji dalis jos narių nepritaria dėl moralinių principų.

Aš argumentuosiu, kad šios išvados nėra galiojančios šių terminų atžvilgiu, nes jis neteisingai supranta, ką reiškia nepritarti dėl moralinių principų. Galbūt verta tarti perspėjamąjį žodį apie argumentą, kurį pateiksiu. Jį iš dalies sudaro priminimai, kad tam tikriems moralės kalbos tipams (pavyzdžiui, tokie terminai kaip „prietaras“ ir „moralinė pozicija“) būdinga standartinė vartosena moralinėje argumentacijoje. Mano tikslas – ne išspręsti politinės moralės klausimus remiantis žodyninėmis normomis, o parodyti tai, kas, mano manymu, yra lordo Devlino moralės sociologijos klaidos. Aš pamėginsiu parodyti, kad mūsų konvencinė moralinė elgsena yra sudėtingesnė ir labiau struktūruota, negu jis mano ją esant, taigi ir tai, kad jis neteisingai supranta, ką reiškia sakyti, jog baudžiamoji teisė turi pasitraukti iš viešosios moralės. Tai populiari ir patraukli tezė, ir ji yra viena iš esminių ne tik lordo Devlino, bet ir daugelio kitų teorijų apie teisę ir moralę tezių. Nepaprastai svarbu suprasti jos reikšmę.

MORALINĖS POZICIJOS SĄVOKA

Galime pradėti nuo to fakto, kad tokie terminai kaip „moralinė pozicija" ir „moralinis įsitikinimas" mūsų konvencinėje moralėje funkcionuoja ir kaip pateisinimo ir kritikos terminai, ne tik kaip apibūdinantys terminai. Mes iš tiesų kartais kalbame apie grupės „moralę" arba „dorovę", arba „moralines nuostatas", arba „moralines pozicijas", arba „moralinius įsitikinimus" tuo požiūriu, kurį galima pavadinti antropologiniu, norėdami nurodyti įvairias grupėje egzistuojančias pažiūras žmogiškojo elgesio, savybių ir tikslų pateisinimo atžvilgiu. Šia prasme sakome, kad moralė nacistinėje Vokietijoje buvo pagrįsta prietaru, t. y. buvo iracionali. Tačiau kai kuriuos iš šių terminų, ypač „moralinės pozicijos" arba „moralinio įsitikinimo" terminus, vartojame ir diskriminatyviąja prasme, jų aprašomas pozicijas norėdami priešpriešinti prietarams, racionalizacijoms, asmeninio neprielankumo ir skonio dalykams, arbitraliomis pozicijomis ir pan. Vienas šios diskriminatyviosios prasmės tikslas – bene pats būdingiausias – yra ribotai, bet būtinai pateisinti veiksmą, kai to veiksmo keliami moraliniai klausimai yra neaiškūs arba ginčytini.

Tarkime, jog aš Jums sakau, kad siūlau balsuoti prieš žmogų, pretenduojantį į autoritetingas valstybines pareigas, nes žinau, kad jis yra homoseksualus, ir dėl to, kad manau, jog homoseksualumas yra didžiai nemoralu. Jeigu Jūs nesutinkate, kad homoseksualumas yra nemoralu, galite mane apkaltinti ketinant neteisingai balsuoti dėl prietaro arba asmeninės antipatijos, kuri yra nesvarbi moraliniam klausimui. Tuomet galėčiau pamėginti patraukti Jus savo pusėn homoseksualumo klausimu, tačiau jeigu man tai nepavyksta, vis tiek norėsiu Jus įtikinti dėl to, ką aš ir Jūs, mes abu laikome atskiru klausimu, – kad mano balsavimas buvo pagrįstas *tam tikra* moraline pozicija diskriminatyviąja prasme, nors ir tokia pozicija, kuri skiriasi nuo Jūsų. Aš norėsiu Jus tuo įtikinti, nes jeigu tai padarau, turiu teisę tikėtis, kad Jūs pakeisite savo nuomonę apie mane ir apie tai, ką ketinu daryti. Jūs imsite kitaip vertinti mano charakterį – galite vis dar manyti, kad esu ekscentrikas (arba puritonas, arba neprotingas), tačiau tai yra charakterio tipai, o ne cha-

rakterio ydos. Šiuo atžvilgiu Jūs irgi kitaip vertinsite mano poelgį. Jūs pripažinsite, kad kol aš laikausi savo moralinės pozicijos, turiu moralinę teisę balsuoti prieš homoseksualą, nes turiu teisę (išties – pareigą) balsuoti už savo įsitikinimus. Jūs nepripažintumėte tokios teisės (ar pareigos), jeigu vis dar būtumėte įsitikinę, kad aš veikiau vadovaudamasis prietaru arba asmeniniu nusiteikimu.

Aš turiu teisę tikėtis, kad jūsų nuomonė šiais atžvilgiais pasikeis, nes šis skirstymas yra konvencinės moralės dalis, kuri man ir Jums yra bendra ir kuri sudaro mūsų diskusijos pagrindą. Jos nustato skirtumą tarp pozicijų, kurias mes turime gerbti, nors manome jas esant neteisingas, ir pozicijų, kurių mes neturime gerbti, nes jos pažeidžia kokią nors pamatinę moralinio samprotavimo taisyklę. Didelė dalis debatų moraliniais klausimais (realiame gyvenime, bet ne filosofijos tekstuose) susideda iš argumentų, kad kokia nors pozicija priskirtina vienai arba kitai šios diskusijos pusei.

Būtent šis konvencinės moralės bruožas įkvepia lordo Devlino argumentą, kad visuomenė turi teisę vadovautis savarankišku supratimu. Todėl mes turime įdėmiau patyrinėti diskriminatyviąją moralinės pozicijos sąvoką, ir tai padaryti galime tęsdami mūsų įsivaizduojamą pokalbį. Ką aš turiu padaryti, kad įtikinčiau Jus, jog mano pozicija yra morališkai pagrįsta pozicija?

(a) Aš turiu pateikti kokį nors jos pagrindimą. Tai nereiškia, kad privalau aiškiai suformuluoti moralinį principą, kuriuo vadovaujuosi, arba bendrą moralinę teoriją, kurios laikausi. Labai nedaugelis žmonių gali tai padaryti, o sugebėjimas turėti moralinę poziciją nėra tik tų savybė, kurie tai gali. Mano pagrindimas visai neturi būti principas arba teorija. Jis tik turi nurodyti kokį nors homoseksualumo aspektą ar bruožą, kuris verčia mane jį laikyti nemoraliu: pavyzdžiui, tą faktą, jog jį draudžia Biblija, arba tai, jog tas, kuris praktikuoja homoseksualumą, tampa netinkamu santuokai ar tėvystei. Žinoma, bet koks tokios rūšies pagrindas parodytų, jog aš laikausi kokio nors bendro principo arba teorijos, tačiau aš neprivalau pasakyti, koks jis yra, arba būti įsisąmoninęs, kad juo remiuosi.

Tačiau ne bet kuris pagrindas, kurį galėčiau pateikti, leis daryti tokią prielaidą. Kai kurie bus negalimi dėl bendrųjų kriterijų, nustatančių pagrindimo rūšis, kurios negalioja. Galėtume atkreipti dėmesį į keturis iš svarbiausių tokių kriterijų:

(i) Jeigu aš Jums sakau, kad homoseksualai yra morališkai menkesni, nes neturi heteroseksualių troškimų, taigi nėra „tikri vyrai", Jūs atmesite šį pagrindimą kaip demonstruojantį tam tikro tipo prietarą. Apskritai prietarai yra sprendimus įtakojantis faktorius, atsižvelgiantis į tokias motyvacijas, kurias mūsų įpročiai atmeta. Struktūrizuotame kontekste, tokiame kaip teismas arba konkursas, pamatinės normos neleidžia jokių kitų motyvacijų, išskyrus aiškias, o prietaras yra sprendimo pagrindas, kuris pažeidžia šias normas. Mūsų tradicijos nustato tam tikras pamatines moralinio sprendimo normas, galiojančias ir ne tokiuose specialiuose kontekstuose, normas, iš kurių svarbiausioji yra ta, jog žmogus neturi būti laikomas moraliai menkesniu dėl kokios nors fizinės, rasinės ar kitos charakteristikos, kurios jis negali neturėti. Antai sakoma, kad žmogus, kurio moralinis nusistatymas žydų, juodaodžių, pietiečių, moterų arba sumoteriškėjusių vyrų atžvilgiu yra pagrįsti jo tikėjimu, jog kiekvienas šių klasių narys automatiškai nusipelno mažesnės pagarbos, neatsižvelgiant į tai, ką jis padarė, yra prietaringai nusiteikęs tos grupės atžvilgiu.

(ii) Jeigu savo požiūrį į homoseksualus grindžiu asmenine emocine reakcija („man bloga nuo jų"), Jūs šį pagrindimą taip pat atmesite. Moralines pozicijas nuo emocinių reakcijų skiriame ne dėl to, kad moralinės pozicijos privalo būti neemocingos arba beaistrės, – anaiptol, – o dėl to, kad moralinė pozicija turi pateisinti emocinę reakciją, o ne atvirkščiai. Jeigu žmogus nepajėgus pateikti tokio pagrindimo, mes neneigiame jo emocinės reakcijos, kuri gali turėti svarbių socialinių ir politinių pasekmių, tačiau nemanome, kad ši reakcija demonstruoja jo moralinį įsitikinimą. Išties būtent šios rūšies poziciją – ūmią emocinę reakciją į veiklą ar situaciją, kurios negalima paaiškinti, – mes linkstame nusakyti, paprastai tariant, kaip fobiją arba įsitikinimą.

(iii) Jeigu savo poziciją grindžiu faktine situacija („homoseksualūs aktai yra fiziškai sekinantys"), kuri yra ne tik melaginga, bet ir tokia neįtikinama, kad meta iššūkį minimaliems įrodymo ir argumentavimo standartams, kuriuos aš paprastai naudoju pats ir taikau kitiems, tai Jūs laikytumėte mano įsitikinimą, nors ir nuoširdų, racionalizacijos forma ir tuo remdamasis atmestumėte mano pagrindimą. (Racionalizacija yra sudėtinga sąvoka ir apima, kaip matysime, taip pat pagrindimo, kuris remiasi bendromis teorijomis – joms aš nepritariu – teiginius.)

(iv) Jeigu aš galiu pagrįsti savo poziciją tik nurodydamas kitų įsitikinimus („visi žino, kad homoseksulaumas yra nuodėmė"), Jūs padarysite išvadą, kad aš kaip papūga kartoju kitų įsitikinimus, o ne remiuosi savo paties moraliniu įsitikinimu. Išskyrus nebent dievybę (nors tai sudėtinga išimtis), nėra tokio moralinio autoriteto, kuriuo remdamasis savo poziciją galiu automatiškai padaryti moralią. Aš privalau turėti savo paties motyvus, nors, žinoma, tuos motyvus galiu būti išgirdęs iš kitų.

Be abejonės, daugelis skaitytojų nesutiks su šiais labai glaustais prietaro, kaip grynai emocinės reakcijos, kaip racionalizacijos ir kaip papūgiško kartojimo nusakymais. Kai kurie skaitytojai gali turėti savo teorijas apie tai, kas yra šie dalykai. Dabar aš noriu tik pabrėžti, kad tie dalykai yra skirtingos sąvokos, kad ir kokios būtų tų skirtumų detalės, ir kad jos turi savo vaidmenį sprendžiant, ar kito poziciją traktuoti kaip moralinį įsitikinimą. Tai nėra tik epitetai, kuriais galime apibūdinti mums nepriimtinus požiūrius.

(b) Tarkime, aš pateikiu pagrindimą, kuris neatmetamas vieno iš šių (ar panašių) kriterijų pagrindu. Tas pagrindimas įtakos kokį nors moralinį principą arba teoriją, nors ir galiu nesugebėti nusakyti tą principą ar teoriją, ir neturiu jo galvoje, kai kalbu. Jeigu kaip savo pagrindimą pateikiu faktą, kad Biblija draudžia homoseksualius aktus arba kad homoseksualūs aktai mažina galimybę, jog subjektas sukurs šeimą ir augins vaikus, aš teigiu, kad pritariu teorijai, kurią naudoja mano pagrindimas, ir Jūsų netenkins tai, jog mano pozicija

yra morali, jeigu manote, kad aš tai teorijai nepritariu. Tai gali būti mano sąžiningumo klausimas – ar aš iš tiesų manau, kad Biblijos priesakai yra savaime moraliai saistantys arba kad visi vyrai turi gyvybės suteikimo pareigą? Tačiau nuoširdumas nėra vienintelis klausimas, nes taip pat svarbu nuoseklumas. Aš galiu manyti, kad pritariu vienai iš šių bendrų pozicijų, ir būti neteisus, nes kiti mano įsitikinimai ir mano paties elgesys kitomis progomis gali su ja nederėti. Aš galiu atmesti tam tikrus biblinius priesakus arba galiu laikytis nuomonės, kad vyrai turi teisę likti viengungiai, jei nori arba visą gyvenimą naudoja kontraceptikus.

Žinoma, mano bendros moralinės pozicijos gali turėti patikslinimų ir išimčių. Skirtumas tarp išimties ir nenuoseklumo yra tas, kad išimtis gali būti paremta pagrindimu, įtakojančiu kitas moralines pozicijas, kurių aš galiu deramai pretenduoti laikytis. Tarkime, aš smerkiu visus homoseksualus remdamasis Biblijos autoritetu, tačiau ne visus, turinčius nesantuokinių santykių. Kokį šio skirstymo pateisinimą galiu pateikti? Jeigu negaliu pateikti jokio pateisinimo, kuris jį remia, aš negaliu pretenduoti pritarti bendrajai pozicijai dėl biblinio autoriteto. Jeigu pateikiu pateisinimą, kuris, atrodo, pagrindžia tą skirstymą, dėl šio pagrindimo galima pateikti tos pačios rūšies klausimų, kurie buvo pateikti dėl mano pradinio atsakymo. Kokią bendrą poziciją mano išimties pagrindimas nulemia? Ar aš galiu sąžiningai pretenduoti į tą kitą bendrą poziciją? Tarkime, mano priežastis yra ta, kad nesantuokiniai santykiai dabar – visai įprastas dalykas ir sankcionuoti papročio. Ar aš iš tiesų manau, kad tai, kas yra nemoralu, tampa moralu, kai tampa populiaru? Jeigu ne ir jei negaliu pateikti jokio kito skirstymo pateisinimo, tai negaliu pretenduoti pritarti bendrai pozicijai, jog tai, ką smerkia Biblija, yra nemoralu. Žinoma, kai šitai nurodoma, aš galiu būti įtikintas pakeisti savo požiūras į nesantuokinius santykius. Tačiau Jums neduotų ramybės klausimas, ar tai tikras persigalvojimas ar tik apsimestinis argumento labui.

Iš principo šios mano pradinio teiginio pasekmės yra neišmatuojamos, nors, žinoma, vargu ar tikėtina, kad tikram argumentui daugelis iš jų rūpėtų.

(c) Tačiau ar aš iš tikrųjų turiu turėti pateisinimą, kad savo poziciją padaryčiau moralinio įsitikinimo dalyku? Dauguma žmonių mano, kad aktai, lemiantys nebūtiną kančią arba be jokios pateisinamos priežasties sulaužantys rimtą pažadą, yra nemoralūs, ir vis dėlto jie negalėtų pateikti jokio šių įsitikinimų pagrindimo. Jie jaučia, kad tokio pagrindimo nė nereikia, nes laiko aksioma arba savaime suprantamu dalyku tai, jog tie aktai yra amoralūs. Neigimas, kad pozicija, kurios laikomasi šiuo būdu, gali būti moralinė pozicija, atrodo prieštaraująs sveikam protui.

Tačiau esama svarbaus skirtumo tarp manymo, kad tavo pozicija yra savaime suprantama, ir tiesiog savo pozicijos pagrindimo neturėjimo. Pirmasis atvejis rodo esant pozityvų įsitikinimą, jog jokio tolesnio pagrindimo nereikia, kad svarstomojo akto nemoralumas nepriklauso nuo jo socialinių pasekmių arba jo poveikio veikėjo charakteriui, arba nuo to, kad jį draudžia dievybė, arba nuo dar ko nors, bet kyla iš paties akto prigimties. Kitaip tariant, teiginys, jog tam tikra pozicija yra aksiomiška, teikia ypatingos rūšies pagrindimą, būtent, kad aktas yra nemoralus pats savaime ir be jokių papildomų sąlygų, ir šis ypatingas pagrindimas kaip kiti mūsų svarstytieji gali nederėti su bendresnėmis teorijomis, kurių aš laikausi.

Mūsų pateikiami moraliniai argumentai aptaria ne tik moralinius principus, bet ir abstraktesnes pozicijas dėl moralinio samprotavimo. Konkrečiai jie svarsto, kokios rūšies aktai gali būti nemoralūs patys savaime ir be jokių papildomų sąlygų. Kai kritikuoju Jūsų moralines nuomones arba mėginu pateisinti, kodėl pats nepaisau tradicinių moralinių normų, kurios, mano manymu, yra paikos, aš greičiausiai tai darysiu paneigdamas, kad svarstomasis aktas turi kurį nors iš kelių bruožų, galinčių padaryti aktą nemoralų, – pavyzdžiui, kad jis nesusijęs su pasižadėjimų ar pareigos laužymu, niekam nedaro žalos, įskaitant patį veikėją, nėra draudžiamas jokios organizuotos religijos ir nėra nelegalus. Aš samprotausiu šiuo būdu dėl to, kad remsiuosi prielaida, jog galutinis nemoralumo įrodymo pagrindas yra tik koks nors nedidelis labai bendrų standartų kompleksas. Šią prielaidą galiu tvirtinti tiesiai arba ją gali suponuoti mano argumentacijos modelis. Bet

kuriuo atveju ją įgyvendinsiu arbitraliomis vadindamas tas pozicijas, kurios negali pretenduoti į jokią nė vieno iš šių galutinių standartų paramą, kaip kad tikrai turėčiau padaryti, jeigu, pavyzdžiui, Jūs pasakytumėte, kad fotografija arba plaukiojimas yra nemoralūs dalykai. Net jeigu negaliu paveikti šios grindžiamosios prielaidos, aš vis tiek ją taikysiu, o kadangi galutiniai mano pripažįstami kriterijai yra vieni iš tų, kurie yra patys abstrakčiausi iš mano moralinių standartų, jie nelabai skirsis nuo tų, kriterijų pripažįstamų ir taikomų mano kaimynų. Nors daugelis tų, kurie neapkenčia homoseksualų, yra nepajėgūs pasakyti kodėl, tik nedaugelis pritars, kad nereikia jokio pagrindimo, nes šitai darytų jų poziciją arbitralią pagal jų pačių standartus.

(d) Šią mūsų argumentacijos analizę galima būtų tęsti, tačiau ji jau pakankamai aptarta pateisinti kai kurioms išvadoms. Jeigu ginčas tarp mūsų vyksta dėl to, ar mano pažiūros į homoseksualumą kyla iš moralinių įsitikinimų, taigi ir dėl to, ar turiu teisę tuo pagrindu balsuoti prieš homoseksualą, aš negaliu ignoruoti šio klausimo paprasčiausiai išsakydamas savo jausmus. Jūs norėsite apsvarstyti priežastis, kurias galiu pateikti savo įsitikinimui paremti, ir ar mano kiti požiūriai ir elgesys dera su teorijomis, kurias tas pagrindimas pateikia. Žinoma, Jūs turėsite taikyti savo paties supratimą, kurio detalės gali skirtis nuo manojo, pavyzdžiui, supratimą to, kas yra prietaras ar racionalizacija ir kada viena pažiūra nedera su kita. Jūs ir aš galime ginčą baigti nesutarę dėl to, ar mano pozicija yra moralinė pozicija, iš dalies dėl tokių skirtumų supratimo, o iš dalies dėl to, kad mažiau tikėtina, jog prisipažinsi, kad pats remiesi neteisėtais pagrindais, nei pripažinsi jais besiremiant kitus. Turime išvengti skeptiško požiūrio ir iš šių faktų nedaryti išvados, kad prietaras, racionalizacija, arba nenuoseklumas neegzistuoja ar kad šie terminai reiškia tiesiog tai, jog juos vartojantys, labai nemėgsta tų pozicijų, kurias jis šitaip nusako. Šitai būtų tolygu argumentui, jog kadangi skirtingi žmonės skirtingai supranta, kas yra pavydas, ir jie gali ne iš blogos valios nesutarti, ar vienas iš jų yra pavydus, tokio dalyko kaip pavydas nėra, ir tas, kuris sako, kad kitas yra pavydus, tiesiog nori pasakyti, kad jis jam labai nepatinka.

LORDO DEVLINO MORALĖ

Dabar galime grįžti prie antrojo lordo Devlino argumento. Jis tvirtina, kad kai įstatymų kūrėjai turi spręsti moralinį klausimą (kaip, pagal jo hipotezę, jie privalo daryti, kai tam tikra elgsena kelia grėsmę vertingai socialinei institucijai), jie turi vadovautis bet kokiu moralės pozicijos pripažinimu, kurį palaiko plačioji bendruomenė, nes to reikalauja demokratinis principas, taip pat dėl to, kad bendruomenė turi teisę vadovautis savarankišku supratimu. Šis argumentas turėtų tam tikro įtikinamumo, jeigu lordas Devlinas, kalbėdamas apie moralinį bendruomenės sutarimą, turėtų galvoje tas pozicijas, kurios yra moralinės pozicijos diskriminatyviuoju požiūriu, kurį mes aiškinomės.

Tačiau jis neturi galvoje nieko panašaus į tai. Jo moralinės pozicijos apibrėžimas rodo, kad jis vartoja šią sąvoką ta prasme, kurią aš pavadinau antropologine. Iš paprasto žmogaus, kurio nuomonės mes privalome paisyti, pasak jo, „...nesitikima jokių samprotavimų ir sprendimas gali būti daugiausia paremtas jausmais“[1]. „Jeigu protaujantis žmogus mano, – priduria jis, – kad elgsena yra nemorali, taip pat mano – nesvarbu, ar šis manymas yra teisingas ar klaidingas, doras ir beaistris, – kad joks teisingai galvojantis jo visuomenės narys negali galvoti kitaip, teisei ji yra nemorali“[2]. Kitoje vietoje jis pritariamai cituoja Deano Rostowo nuomonę, jog „bendroji visuomenės moralė bet kuriuo metu yra papročio ir įsitikinimo, proto ir jausmo, patirties ir prietaro derinys“[3]. Kaip jis suvokia, kas yra moralinis įsitikinimas, aiškiausiai iš visų vietų matyti įžymiojoje pastaboje apie homoseksualus. Jeigu paprastas žmogus žiūri į homoseksualumą „kaip į nuodėmę, tokią atgrasią, kad pats jos egzistavimas yra užgaulus“[4], šitai jam įrodo, jog paprasto

---

[1] Devlin, 15.

[2] *Ibid.*, 22–23.

[3] Rostow, „The Enforcement of Morals“, 1960 Camb. L.J. 174, 197; perspausdinta E.V. Rostow, *The Sovereign Prerogative* 45, 78 (1962). Cituota Devlin, 95.

[4] *Ibid.*, 17.

žmogaus jausmai homoseksualų atžvilgiu yra moralinio įsitikinimo dalykas[1].

Jo išvados nesėkmingos, nes priklauso nuo „moralinės pozicijos" sąvokos vartojimo šia antropologine prasme. Net jeigu dauguma žmonių iš tiesų mano, kad homoseksualumas yra kraupi nuodėmė, ir negali toleruoti jos egzistavimo, lieka galimybė, jog ši visuotinė nuomonė yra prietarų mišinys (pagrįstas prielaida, jog homoseksualai yra moraliai blogi padarai, nes yra sumoteriškėję), racionalizacija (paremta tokiomis nepagrįstomis fakto prielaidomis, kad jos meta iššūkį pačios bendruomenės racionalumo standartams) ir asmeninis neapkentimas (nereprezentuojantis jokio įsitikinimo, o tik aklą neapykantą, kylančią iš nepripažįstamo įtarimo savo paties atžvilgiu). Lieka galimybė, kad paprastas žmogus negalėtų pateikti jokio savo įsitikinimų pagrindimo, o paprasčiausiai kaip papūga kartotų tai, ką išgirdo iš savo kaimyno, kuris savo ruožtu kaip papūga kartoja tai, ką išgirdo iš jo, arba kad jis pateiktų pateisinimą atitinkančią bendrą moralinę poziciją, į kurią negali sąžiningai ar nuosekliai pretenduoti. Jeigu taip, demokratijos principai, kuriais vadovaujamės, nereikalauja įgyvendinti sutarimo, nes įsitikinimas, kad prietarai, asmeninės antipatijos ir racionalizacijos nepateisina kito laisvės suvaržymų, pats užima kritinę ir fundamentalią poziciją mūsų populiariojoje moralėje. Tuomet ir didžiuma bendruomenės neturėtų teisės vadovautis savarankišku supratimu, nes bendruomenė netaiko šios privilegijos tam, kuris veikia prietaro, racionalizacijos ar asmeninės antipatijos pagrindu. Išties skirstymas tarp šių įsitikinimų ir moralinių įsitikini-

[1] Įžangoje (*ibid.*, viii) lordas Devlinas pripažįsta, kad originali paskaitos kalba galbūt pernelyg „akcentavo jausmą ir per mažai – protą", ir teigia, kad teisės kūrėjas turi teisę ignoruoti „iracionalius įsitikinimus". Kaip pavyzdį jis pateikia nuomonę, kad homoseksualumas sukelia žemės drebėjimus, ir tvirtina, jog iracionalumo pašalinimas „dažniausiai yra paprastas ir palyginti nereikšmingas procesas". Aš manau, kad teisinga daryti išvadą, jog tik tiek lordas Devlinas ir leistų jam pašalinti. Jeigu aš neteisus, ir lordas Devlinas reikalautų iš jo atmesti prietarus, asmenines antipatijas, arbitralias pozicijas, taip pat visa kita, jis būtų turėjęs tai pasakyti ir pamėginti išplėtoti kai kurias iš šių perskyrų. Jeigu jis būtų tai padaręs, jo išvados būtų buvusios kitokios ir būtų susilaukusios, be abejo, kitokios reakcijos.

mų diskriminatyviuoju požiūriu egzistuoja daugiausia tam, kad pirmieji būtų išskirti kaip pozicijos rūšis, kurios negalima laikytis.

Sąžine besivadovaujantis teisės kūrėjas, kuris žino/yra informuotas, jog egzistuoja moralinis sutarimas, turi patikrinti to sutarimo elementus. Žinoma, jis negali patikrinti individualių piliečių įsitikinimų ar elgesio; jis negali surengti liudytojų apklausą Klaphamo apylinkėse kursuojančiame omnibuse[1]. Čia kalbama ne apie tai.

Pats teiginys, kad egzistuoja moralinis sutarimas, nėra pagrįstas visuomenės apklausa. Jis pagrįstas apeliacija į teisės kūrėjo nuovoką apie tai, kaip jo bendruomenė reaguoja į kokią nors nemėgstamą elgseną. Tačiau pati ši nuovoka apima pagrindų, kuriais paprastai ta reakcija remiama, suvokimą. Jeigu vyko vieši debatai, kurie buvo plėtojami ir laikraščių redakcinėse skiltyse, jo kolegų kalbose, suinteresuotų grupių liudijimuose ir jo paties korespondencijoje, šitai paaštrins jo suvokimą apie tai, kokie argumentai ir pozicijos tais klausimais egzistuoja. Jis turi išanalizuoti šiuos argumentus ir pozicijas, mėgindamas nustatyti, kurie iš jų yra prietarai ar racionalizacijos, o kurie numato bendrus principus ar teorijas, kurių palaikymo negalima reikalauti iš didžiosios dalies gyventojų, ir taip toliau. Gali būti, kad pabaigęs šį procesą, jis supras, jog moralinio sutarimo teiginys buvo nevykęs. Spėju, kad homoseksualumo atveju taip ir būtų, ir šitai lordo Devlino nediskriminatyvią hipotezę paverčia tokia rimta klaida. Šokiruoja ir yra neteisinga ne jo idėja, kad į bendruomenės moralę privalu atsižvelgti, bet jo idėja, kas laikytina bendruomenės morale.

Žinoma, teisės kūrėjas turėtų šiuos testus taikyti sau pačiam. Jeigu jis laikosi populiarių pažiūrų, mažiau tikėtina, kad jas įvertins kaip netobulas, tačiau jeigu jis yra savikritiškas, šis pratimas gali pakeisti jo pažiūras. Kiekvienu atveju jo atsakymas priklausys nuo jo

---

[1] Čia autorius turi omenyje anglišką posakį *the man on the Clapham omnibus* (žmogus, važiuojantis autobusu, kursuojančiu Klaphamo apylinkėse), kuris reiškia „paprastas žmogus" (Klaphamas yra Londono rajonas). Jis kilo iš anglų teisėjo lordo Boweno žodžių, ištartų proceso metu 1903 m.: *We must ask ourselves what the man on the Clapham omnibus would think* (turime savęs paklausti, ką apie tai manytų žmogus iš Klaphamo apylinkių omnibuso). *Vert past.*

paties supratimo, ko reikalauja mūsų bendra moralė. Šitai yra neišvengiama, nes kad ir kokius kriterijus mes ragintume jį taikyti, jis gali juos taikyti tik tokius, kokie jie yra jo paties supratimu.

Teisės kūrėjo, kuris taip daro, – kuris atsisako liaudies piktinimąsi, nepakantą ir bjaurėjimąsi laikyti savo bendruomenės moraliniu įsitikinimu, negalima kaltinti moraliniu elitizmu. Negalima tiesiog teigti, kad jis laikosi savo šviesuoliškų pažiūrų, nepaisydamas plačiosios visuomenės pažiūrų, kuri jo pažiūras atmeta. Jis stengiasi, kiek išgali, kad įgyvendintų aiškią ir fundamentaliai svarbią savo bendruomenės moralės dalį – sutarimą, kuris yra esmingesnis visuomenės egzistavimui ta jo forma, kuria mes jį pažįstame, už tą opiniją, kurios paisyti iš jo reikalauja lordas Devlinas.

Joks teisės kūrėjas negali sau leisti ignoruoti visuomenės piktinimosi. Tai faktas, kurio jis turi paisyti. Šis faktas nustatys ribas to, kas yra politiškai įmanoma, ir determinuos jo įtikinimo ir įgyvendinimo strategijas šiose ribose. Tačiau mes privalome nepainioti strategijos su teisingumu, taip pat – politinio gyvenimo faktų su politinės moralės principais. Lordas Devlinas supranta šias perskyras, tačiau aš baiminuosi, jog jo argumentai bus patraukliausi tiems, kurie jų nesupranta.

POST SCRIPTUM APIE PORNOGRAFIJĄ

Aš diskutavau dėl homoseksualumo, nes tai yra lordo Devlino pavyzdys. Norėčiau tarti žodį apie pornografiją, jau vien dėl to, kad tuo metu, kai Britanijoje susirūpinta lordo Devlino teorijomis, Amerikos teisinėse antraštėse ji figūravo dažniau negu homoseksualumas. Aukščiausiasis teismas buvo ką tik išsprendęs tris svarbias bylas: *Ginzburg, Mishkin* ir *Fanny Hill*[1]. Dviejose iš jų kaltinamosios išvados (ir baudžiamieji nuosprendžiai) už pornografijos platinimą buvo patvirtintos, o trečiojoje, nors Teismas anuliavo valstijos paskelbtą tariamai nepadoraus romano draudimą, trys teisėjai išreiškė atskirąją nuomonę.

Dvi iš šių bylų aptarė valstijoje galiojančių konstitucingumo nusta-

[1] Aukščiau, išn. 4.

tymo procedūrų peržiūrą, o trečioji – federalinio įstatymo interpretaciją ir taikymą. Tad Teismas turėjo priimti nutarimą konstituciniu klausimu – klausimu, kokiu mastu valstija ar tauta gali teisiškai apriboti erotinės literatūros publikavimą, ir įstatyminės bazės klausimais. Tačiau kiekvienas sprendimas vis dėlto iškėlė tos rūšies politinio principo klausimus, kuriuos iki šiol svarstėme.

Dauguma teismo teisėjų laikėsi konstitucinio testo, kuris prieš keletą metų buvo nustatytas *Roth* byloje[1]. Pagal tą testą, knyga yra nepadori ir kaip tokia neginama/nesaugoma pirmojo papildymo, jeigu: „(a) vyraujanti medžiagos, imamos kaip visuma, tema apeliuoja į gašlų seksualinį interesą; (b) medžiaga yra atvirai užgauli, nes užgauna esamus bendruomenės standartus, taikomus seksualiniams dalykams aprašyti ar reprezentuoti; ir (c) medžiaga neturi visai jokios atperkamosios socialinės vertės"[2]. Politinio principo klausimą galėtume suformuluoti taip: kas federalinei valdžiai arba bet kuriai valstijai teikia moralinę teisę uždrausti publikaciją knygų, kurios yra nepadorios pagal *Roth* testą?

Vieną atsakymą inicijavo teisėjo Brennano nuomonė *Mishkin* byloje – erotinė literatūra, sakė jis, kai kuriuos skaitytojus skatina nusikalsti. Jeigu tai tiesa, jeigu pakankamai daug atvejų tie patys skaitytojai kitų stimulų nebūtų paskatinti taip pat nusikalsti ir jeigu su problema negalima efektyviai susidoroti kitais būdais, šitai galėtų suteikti visuomenei tikrumą, kad tas knygas reikia uždrausti. Tačiau šios hipotezės yra mažų mažiausiai spekuliatyvios ir kiekvienu atveju nėra reikšmingos tokiai bylai kaip *Ginzburg*, kurioje teismas savo sprendimą grindė ne nepadoriu pačių publikacijų pobūdžiu, o tuo, kad jos buvo pateiktos publikai kaip nepadorios, o ne kaip šviečiamojo pobūdžio. Ar įmanoma nepadorių knygų draudimui suteikti kokį kitą pateisinimą?

Galima pateikti tokį argumentą kaip antrasis lordo Devlino argumentas, ir daugelį tų, kurie jaučia, kad visuomenė turi teisę už-

[1] *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

[2] *Memoirs v. Massachusetts (Fanny Hill)*, 383 U.S. 413, 418 (1966).

drausti pornografiją, iš tikrųjų jaudina koks nors tokio pobūdžio argumentas. Jis gali būti štai kokios formos:

(1) Jeigu mes leidžiame laisvai prekiauti nepadoriomis knygomis, jas tiekti, taip sakant, su rytine kava, visas bendruomenės tonas galiausiai pasikeis. Tai, kas dabar laikoma nešvankiu ir vulgariu žodžiu ir drabužiu ir viešu elgesiu, taps priimtina. Viešuomenė, kuri gali legaliai mėgautis pornografija, netrukus nebepripažintų nieko bent kiek kultūringesnio, ir visų formų populiari kultūra neišvengiamai darytųsi vis nepadoresnė. Mes jau patyrėme, ką gali šios jėgos – toks pat mūsų teisinių nuostatų atpalaidavimas, kuris įgalino tokių knygų kaip *Tropic of Cancer* publikaciją, jau padarė įtaką tam, ką mes matome filmuose ir žurnaluose, paplūdimiuose ir miesto gatvėse. Galbūt mes turime sumokėti šią kainą už tai, ką daug kritikų įtikinamai laiko meno kūriniais, tačiau mes neturime mokėti kainos, kuri būtų kur kas didesnė, – už šlamštą, masiškai gaminamą vaikantis tik pelno.

(2) Atsakymas bus nepakankamas, jei sakysime, kad socialinė elgsena nepasikeis, kol dauguma savo noru nedalyvaus toje kaitoje. Socialinis tvirkinimas veikia per žiniasklaidą ir jėgas, visiškai nekontroliuojamas pagrindinės žmonių masės, išties visai anapus bet kokio sąmoningo modeliavimo apskritai kontrolės. Žinoma, pornografija kartu ir traukia, ir atstumia, ir kuriuo nors bendruomenės standartų smukimo momentu dauguma nebeprieštaraus tolesniam smukimui, tačiau tai yra tvirkinimo sėkmės ženklas, o ne įrodymas, kad nebuvo jokios korupcijos. Būtent ši galimybė mus imperatyviai verčia įgyvendinti savo standartus, kol mes juos dar turime. Tai pavyzdys – jis ne vienintelis – mūsų troškimo, kad įstatymas mus apsaugotų nuo mūsų pačių.

(3) Pornografijos uždraudimas apriboja autorių, leidėjų ir potencialių skaitytojų laisvę. Tačiau jeigu tai, ką jie nori daryti, yra nemoralu, mes turime teisę apsisaugoti ir tokia kaina. Taigi susiduriame su moraliniu klausimu; ar tas ir tas turi moralinę teisę publikuoti arba skaityti „*hardcore*" pornografiją, kuri negali pretenduoti į jokią ver-

tę ar dorybę išskyrus erotinį efektą? Šį moralinį klausimą dera spręsti ne dekretu ir ne pasitelkus save pasiskyrusiųjų etikos auklėtojais pagalba, bet kreipiantis į publiką. Dabartinė publika mano, kad *„hard-core“* pornografija yra nemorali, kad tie, kurie ją gamina, yra sąvadautojai ir kad bendruomenės seksualinių ir su jais susijusių papročių apsauga yra pakankamai svarbus dalykas pateisinti jų laisvės suvaržymui.

Tačiau šiam argumentui, kad ir ką apie jį galvotume, lemiamos reikšmės neabejotinai turi tai, kad sutarimas, aprašytas paskutiniame sakinyje, būtų moralinio įsitikinimo sutarimas. Jeigu pasirodytų, jog paprasto žmogaus nemeilė pornografams yra skonio dalykas arba arbitrali pozicija, argumentas sužlugtų, nes šie dalykai nėra pakankamos priežastys apriboti laisvei.

Daugeliui skaitytojų atrodys paradoksalus netgi klausimas, ar vidutinio žmogaus pažiūros į pornografiją yra moraliniai įsitikinimai. Daugumai žmonių seksualinis kodeksas yra moralumo šerdis, ir jeigu paprasto žmogaus pažiūros į nesantuokinius santykius, svetimavimą, sadizmą, ekshibicionizmą ir kitus pornografijos elementus nėra moralinės pozicijos, sunku įsivaizduoti kokius nors įsitikinimus, kuriuos jis galėtų turėti ir kurie yra moralinės pozicijos. Tačiau skaityti ir rašyti apie šiuos nuotykius – ne tas pat, kas į juos leistis, ir galima sugebėti pagrįsti, kodėl tokia elgsena smerkiama (jog ji lemia skausmą arba yra šventvagiška, arba užgauli, arba sukelia publikos susierzinimą, kuris neapima fantazijų apie ją produkavimo ar mėgavimosi tomis fantazijomis).

Tie, kurie teigia moralinio įsitikinimo dėl pornografijos sutarimą, privalo pateikti įrodymų, kad jis egzistuoja. Jie turi pateikti moralinį pagrindimą arba argumentų, kuriuos vidutinis visuomenės narys galėtų nuoširdžiai ir nuosekliai puoselėti mūsų aprašytuoju būdu. Galbūt tai įmanoma, bet to neatstoja paprasčiausias pasakymas, kad paprastas žmogus – ant prisiekusiųjų suolo arba kitur – balsuoja prieš visą tą dalyką.

11. Laisvė ir liberalizmas

Įžymioji Johno Stuarto Millio esė *Apie laisvę* apskritai buvo pravartesnė konservatoriams, o ne liberalams. Liberalizmo kritikai – pradedant Fitzjamesu Stephenu ir baigiant Wilmore'u Kendallu ir lordu Devlinu – mielai citavo šią esė kaip patį įtikimiausią filosofinį šios teorijos apgynimą, o tada, pažymėdami jos argumentacijos trūkumus, pareiškė, kad liberalizmas yra ydingas. Knygoje *Laisvė ir liberalizmas: Johno Stuarto Millio argumentai* ponia Gertrud Himmelfarb panašiai pasinaudoja ta esė, bet jos atvejis skiriasi štai kuo. Ji ne puola Millio argumentus, o liudija *ad hominem* prieš patį Millį. Ji sako, kad savo kituose raštuose jis pats smerkia tas filosofines prielaidas, kuriomis paremta *Apie laisvę*. Šitaip prieš daugelį metų tvirtino Friedrichas Hayekas, o ponia Himmelfarb šią mintį paminėjo savo 1962 m. išleistame Millio esė rinkinyje. Dabar ji labai išsamiai pagrindžia savo poziciją.

Jeigu, kaip ji mano, *Apie laisvę* prieštarauja viskam, ką Millis parašė iki šios esė arba po jos, tai būtina paaiškinti, kodėl jis paskyrė tiek laiko ir rūpesčio, kad šia esė save paneigtų. Atsakymą į šį klausimą ji sieja su jo ilgalaikiais ryšiais su Harrieta Taylor, kuri tapo jo žmona, kai esė buvo parašyta, bet mirė iki jos publikavimo. Millis hiperboliškais žodžiais jai dedikavo *Apie Laisvę;* jis pasakė, kad jos idėjos įkvėpė tą esė ir kad ji buvo aktyvi bendradarbė ilgame jos tobulinimo procese. Ponia Himmelfarb įrodinėja, kad tai – švelnus pasakymas; ponia Taylor tame projekte buvo tokia dominuojanti partnerė, jog atvedė jį prie jam nebūdingų intelektualinių pozicijų. Ji taip pat mano, kad ponios Taylor rūstis, išprovokavusi esė, buvo pagimdyta teisiniu ir socialiniu požiūriu vergiškos moterų padėties

Viktorijos laikų Anglijoje – esė apie tai neužsimenama, tačiau šitai labai rūpėję poniai Taylor.

Tačiau jos vienintelis argumentas, paremiantis hipotezę, jog ponia Taylor perėmė Millio proto kontrolę, yra tas, kad neįmanoma rasti jokio kito jo mąstymo nenuoseklumo paaiškinimo. Nėra tiesioginių įrodymų, vidinių, pačioje esė, arba išorinių, anapus esė. Ponia Himmelfarb teigia, kad vidinio pagrindo nebuvimas tik patvirtina, kokio glaudaus būta bendradarbiavimo, o išorinių paaiškinančių faktų nebuvimą aiškina pažymėdama, jog tuo metu, kai buvo rašoma esė, Milliai gyveno atsiskyrę nuo visų draugų. Jeigu jokio tikro nenuoseklumo tarp *Apie laisvę* ir kitų Millio veikalų iš tikrųjų nėra, tai nebelieka jokių ponios Himmelfarb įdomios spekuliacijos įrodymų.

Jos argumentas tariamam nenuoseklumui įrodyti yra štai koks. Millis diskutavo apie laisvę ne tik šioje įžymiojoje esė, bet daugelyje knygų ir straipsnių, taip pat savo autobiografijoje, ankstyvojoje esė „Amžiaus dvasia" *(The Spirit of the Age)*, savo įžymiojoje esė apie Coleridge'ą ir savo pagrindiniame darbe apie utilitarizmą. Šiuose darbuose jis pasisako tiek už kompleksišką požiūrį, tiek už istorizmą politinėje teorijoje. Jis smerkia utilitarizmo pagrindėją Benthamą už socialinės psichologijos ir politinės teorijos pavertimą paprastomis aksiomomis. Jis pasitelkia pesimistinę žmogaus prigimties teoriją, pabrėžia kultūrinių ir istorinių egotizmo suvaržymų vertę ir atkakliai tvirtina, jog valstybės vaidmuo yra auklėti savo piliečius taip, kad mažėtų jų individualus apetitas ir brėstų socialinė sąžinė.

Tačiau ponios Himmelfarb požiūriu, *Apie laisvę* prieštarauja kiekvienam iš šių teiginių. Ši esė prasideda teigdama

> vieną labai paprastą principą, kaip įgaliotą prievartos ir kontrolės būdu absoliučiai valdyti visuomenės elgseną individo atžvilgiu. [...] Tas principas skelbia, kad vienintelis tikslas, kurio žmonija turi teisę siekti – individualiai arba kolektyviai, – nepaisydama savo narių veikimo laisvės, nesvarbu kokio jų skaičiaus, yra savisauga. [Ir] jog vienintelis tikslas, kuriam galia gali būti teisingai panaudota bet kurio civilizuotos bendruomenės nario atžvil-

giu prieš jo valią, yra tikslas užkirsti kelią kitų žalojimui. Jo paties gerovė, fizinė ar moralinė, nėra pakankamas garantas.

Pirmiausia ji smerkia absoliutų šio teiginio pobūdį: Millis išduoda savo paties subtilumą, sako ji, tvirtindamas, kad „vienas labai paprastas principas" gali „absoliučiai valdyti" sudėtingus ryšius tarp visuomenės ir individų. Tuomet ji apibūdina šį paprastą principą kaip „kraštutinį" argumentą už laisvę, paminantį Milliui būdingesnius argumentus už tradiciją ir edukaciją. *Apie laisvę,* sako ji, paskatino individus „garbinti ir plėtoti savo asmeninius troškimus, impulsus, polinkius ir valią, žiūrėti į juos kaip į viso gėrio šaltinį, individualios ir socialinės gerovės varomąją jėgą"; ši esė tapo atrama filosofijos, „nepripažinusios jokio aukštesnio, jokio vertesnio subjekto, išskyrus individą, padariusios individą išminties ir dorybės saugykla, o individo laisvę – vieninteliu socialinės politikos siekiu". *Apie laisvę* visa tai padarė nepaisydama kitose esė rutuliojamos paties Millio filosofijos, anot kurios, individai pasiekia dorybę ir tobulumą rūpindamiesi kitais, o ne skirdami visą dėmesį sau.

Ponios Himmelfarb argumentas prasideda klaida, kurios jis taip ir nebeištaiso. Jame pricipo galia painiojama su jo apimtimi. Benthamo žmogaus prigimties ir naudos teorijos, kurias Millis laikė esant per paprastas, savo apimtimi buvo absoliučios. Benthamas manė, kad kiekvienas žmogiškasis aktas ir sprendimas yra motyvuotas kokių nors malonumų ir skausmų apskaičiavimų, taip pat manė, kad kiekvienas politinis sprendimas turi būti priimamas vieno ir to paties skaičiavimo pagrindu, būtent turint tikslą maksimizuoti grynąjį paprasto malonumo produktą kančios sąskaita bendruomenės kaip visumos mastu.

O Millio principas yra labai ribotos apimties. Jis galioja tik tais reliatyviai retais atvejais, kai valdžios prašoma uždrausti kokį nors aktą tuo vieninteliu pagrindu, kad jis yra pavojingas veikėjui, kaip antai važiavimas motociklu be šalmo. Arba tuo pagrindu, kad aktas pažeidžia bendruomenės moralės standartus, kaip kad homoseksualumo praktikavimas arba pornografijos leidimas ar skaitymas. Tokie

sprendimai sudaro labai mažą bet kokios atsakingos valdžios veiklos dalį. Šis principas nieko nesako apie tai, kaip valdžia turi paskirstyti ribotus išteklius, tokius kaip įplaukos arba saugumas, arba galia, ar netgi apie tai, kaip ji turi spręsti, kada apriboti laisvę kokios nors kitos vertybės labui. Pavyzdžiui, jis neliepia valdžiai gerbti nepritariančiųjų šaukimo į karinę tarnybą įstatymui sąžinės laisvę karinio efektyvumo kaina arba protesto laisvę – žalos nuosavybei kaina, arba žemės naudotojo laisvę – taršos kaina.

Kuo ribotesnė principo apimtis, tuo įtikinamiau bus galima sakyti, kad jis yra absoliutus. Net subtiliausi filosofai galėtų manyti, pavyzdžiui, kad visuomet yra neteisinga, kai valdžia nepagrįstai skriaudžia vieną savo piliečių klasę. Millis manė, jog jo principas taip pat buvo gana ribotas, kad būtų absoliutus, ir nors jis galėjo būti neteisus šiuo požiūriu, vargu ar dėl to, kad jis taip manė, galima teigti jį esant naivų arba fanatišką.

Ponios Himmelfarb Millio principo apimties ir galios supainiojimas paaiškina keistą jos knygos paskutinės dalies argumentaciją. Pastaraisiais metais, sako ji, liberalai išplėtojo tą principą iki jo loginio kraštutinumo, ir šie rezultatai rodo, jog jie dar nesuprato, kad „absoliuti laisvė gali turėti absoliučiai gadinamą poveikį“ ir kad „gyventojai, kurie negali gerbti išmintingumo ir saikingumo principų, yra pasmerkti elgtis taip neišmintingai ir nesaikingai, jog bus pažeistas kiekvienas kitas principas, įskaitant laisvės principą“. Tačiau jos pačios aiškinimas anaiptol neatskleidžia kokios nors sąsajos tarp Millio ir kokios nors socialinės netvarkos. Pavyzdžiui, ji teigia, kad radikalioji „kontrkultūra“ garbina spontaniškumą, ir dėl to ji ją laiko Millio kūriniu. Tačiau ji pripažįsta, kad šios „kontrkultūros“ kalba bendruomenę akcentuoja labiau nei individualumą. Ji būtų galėjusi pridurti, kad kontrkultūros rėmėjų santykis su liberalizmu apskritai ir Milliu konkrečiai buvo ypač nedraugiškas ir kad jie teikė akivaizdžią pirmenybę tokiems autoriams kaip Marcuse, kurio priešiškam požiūriui į *Apie laisvę* jie simpatizavo.

Jos kiti socialinės korupcijos įrodymai apsiriboja įprastiniais seksualinio atvirumo pavyzdžiais. Įstatymai, baudžiantys homoseksua-

lus, iš tiesų buvo sušvelninti, ir *Deep Throat* kai kuriuose miestuose iš tiesų buvo rodomas neiškarpytas, ir tikrai paplūdimiuose – daugiau besimaudančių nuogalių, negu būdavo anksčiau. Tačiau visa tai nekelia grėsmės jokiam teisingumo principui. Tikra žala, kurią patyrė mūsų laisvė, kaip kad tuo atveju, kai Harvardas neleido, o Jeilis negalėjo leisti kalbėti profesoriui Shockley, rodo, jog dėmesys Milliui yra ne per didelis, o per mažas.

Ponia Himmelfarb mano, kad šie seksualinių papročių pokyčiai yra bendresnės socialinės anarchijos ir teisės ydų rodiklis ar simptomas. Ji mano, kad Millis inicijavo naują ir dominuoti linkusią laisvės *idėją;* kad jo paties perskyra tarp sprendimų, veikiančių tą, kuris sprendžia, ir sprendimų, veikiančių kitus, buvo paprasčiausiai arbitrali ir nelogiška linija, kurią jis nubrėžė, kad įtrauktų šią pražūtingą idėją; o kadangi tokia pozicija nėra stipri, ši idėja netruks išsilieti smurtu ir anarchija, absoliučiu pagedimu, kurį garantuoja absoliuti laisvė. Tik jos supratimas, kad Millio principas turi būtent šią vidinę logiką ir kad jo neišvengiama pasekmė yra ta, jog jo įgimta apimtis, kaip ir galia, turi būti absoliuti, gali paaiškinti paskutinio jos knygos trečdalio retoriką.

Tačiau kad ir kokie būtų kiti jos argumento trūkumai, jis išduoda, kad ji visiškai nesuprato *Apie laisvę;* painiojamos dvi laisvės sąvokos ir Millio esė klaidingai priskiriama tokia laisvės sąvoka, kurios joje nėra. Joje laisvės kaip savivalės *(license)* idėja, t. y. idėja, aiškinanti, kiek asmuo yra laisvas daryti tai, ką jis galėtų panorėti daryti, taigi laisvas nuo socialinio ar teisinio suvaržymo, neskiriama nuo laisvės kaip nepriklausomybės idėjos, t. y. asmens kaip nepriklausomo ir lygaus, o ne paklūstančio instrumentalizacijai statuso idėjos. Žinoma, šios dvi idėjos yra glaudžiai susijusios. Jeigu asmuo yra labai varžomas teisinių ir socialinių varžtų, tai šitai mažų mažiausiai įrodo tai, kad jo pozicija politiškai yra blogesnė už poziciją tos grupės, kuri naudoja savo galią jo atžvilgiu, kad primestų tuos suvaržymus. Tačiau šios dvi idėjos vis dėlto skiriasi labai svarbiais aspektais.

Laisvė kaip savivalė yra nediskriminatyvi sąvoka, nes ji neskiria elgesio formų. Kiekvienas įstatymas menkina piliečio laisvę kaip sa-

vivalę: geri įstatymai, kaip įstatymas, draudžiantis žmogžudystę, menkina savivalę tuo pačiu būdu ir galbūt didesniu mastu, kaip ir blogi įstatymai, tokie kaip įstatymai, draudžiantys kalbėti politinėmis temomis. Klausimas, kylantis dėl bet kurio tokio įstatymo, yra ne tas, ar jis kėsinasi į laisvę, – žinoma, taip, – bet ar tą grėsmę pateisina kokia nors konkuruojanti vertybė, tokia kaip lygybė arba saugumas, arba viešasis interesas. Jeigu socialinis filosofas teikia labai aukštą vertę laisvei kaip savivalei, jį galima suprasti pasisakant už mažesnę tų konkuruojančių vertybių reliatyvią vertę. Pavyzdžiui, jeigu jis kokiu nors bendru argumentu savivalės naudai gina žodžio laisvę, tai jo argumentas taip pat remia, bent jau *pro tanto,* laisvę kurti monopolijas arba niokoti parduotuvių vitrinas.

Tačiau laisvė kaip nepriklausomybė nėra nediskriminatyvi sąvoka tokia prasme. Pavyzdžiui, tikrai įmanoma tarti, kad įstatymai, draudžiantys žmogžudystę, arba antimonopoliniai įstatymai ne kelia grėsmę piliečių politinei nepriklausomybei apskritai, o yra būtini jai išsaugoti. Jeigu socialinis filosofas labai vertina laisvę kaip nepriklausomybę, jis nebūtinai paniekina tokias vertybes kaip saugumas arba patogumai, net reliatyvia prasme. Pavyzdžiui, jeigu tas filosofas pasisako už žodžio laisvę, remdamasis kokiu nors bendru argumentu už nepriklausomybę ir lygybę, jis automatiškai neargumentuoja už didesnį leistinumą *(greater license),* kai tų kitų vertybių likimo klausimas nėra sprendžiamas.

Ponios Himmelfarb argumentas, kad vidinė Millio principo logika gimdo anarchiją, grindžiamas prielaida, kad tas principas remia laisvę kaip savivalę. Iš tikrųjų jis remia sudėtingesnę – laisvės kaip nepriklausomybės – idėją. Benthamas ir Johnas Millis, Millio tėvas, manė, kad politinė nepriklausomybė būtų pakankamai apsaugota plačiu balsavimo teisės ir kitų politinių laisvių paskirstymu: t. y. demokratijos. Millis nepriklausomybę suvokė kaip gilesnę lygybės plotmę; jis tvirtina, kad grėsmę individo nepriklausomybei kelia ne tiesiog politinis procesas, kuris iš jo atima lygų balsą, o politiniai sprendimai, atimantys vienodą pagarbą. Įstatymai, kurie pripažįsta ir gina bendruosius interesus, kaip antai įstatymai, draudžiantys prievartą

ir monopoliją, jokiu būdu neužgauna jokios klasės ar individo; tačiau įstatymai, kurie varžo vieną žmogų, grįsdami varžymą vien tuo, kad jis yra nekompetentingas nuspręsti, kas jam pačiam yra gerai, yra didžiai užgaulūs jo atžvilgiu. Jie jį intelektualiai ir moraliai verčia paklusti konformistams, sudarantiems daugumą ir atimantiems iš jo nepriklausomybę, į kurią jis turi teisę. Millis primygtinai tvirtino šių moralinių orumo *(dignity)*, asmenybiškumo *(personality)* ir užgaulės *(insult)* sąvokų politinį svarbumą. Būtent šias sudėtingas idėjas, o ne paprastesnę – savivalės – idėją jis mėgino paversti politinės teorijos dalimi ir vartoti kaip pamatinį liberalizmo žodyną.

Perskyra tarp veiksmų, rūpimų tik jų atlikėjui *(self-regarding)* ir veiksmų, rūpimų kitiems *(other-regarding)*, nėra lemiamas kompromisas tarp leistinumo pretenzijų ir kitų vertybių. Ji buvo sumanyta apibrėžti politinei nepriklausomybei, nes nustato kriterijus tarp reguliacijos, teikiančios vienodą pagarbą, ir reguliacijos, atimančios ją. Šitai paaiškina, kodėl Milliui buvo taip sunku padaryti tą perskyrą ir kodėl jis ją įvairiomis progomis išvedė skirtingai. Jis pripažino tai, prie ko visuomet plušo jo kritikai: jog kiekvienas aktas, nesvarbu kokiu mastu asmeniškas, gali reikšmingai paveikti kitus. Pavyzdžiui, jis pripažino, kad jeigu žmogus susigadina sveikatą girtaudamas, šis aktas sukels skausmą geravaliams vyrams ir moterims, kurie sielvartaus dėl netausojamos žmogaus gyvybės. Nepaisant to, apsisprendimas gerti yra tik veikėjui rūpimas aktas – ne dėl to, kad šios pasekmės nėra tikros ar socialiai svarbios, o dėl to, kad jų atsiradimas, pasak Millio, neatsiejamas nuo veikėjo asmenybės. Mes negalėtume tarti, kad visuomenė turi teisę būti laisva nuo simpatijos ar gailesčio, nedarydami prielaidos, kad ji turi teisę nuspręsti, kokia turi būti jos nario asmenybė, ir būtent šią teisę Millis manė esant nesuderinamą su laisve.

Kai šios dvi laisvės sąvokos atskiriamos, ponios Himmelfarb argumentas, esą Millis prieštarauja *Apie laisvę* kitose savo esė, subliūkšta. Pavyzdžiui, ji cituoja tokią ištrauką iš vieno iš jo ankstyvųjų straipsnių:

> Laisvė savo pirmine prasme reiškia laisvę nuo suvaržymų. Šia prasme bet kuris įstatymas ir kiekviena moralės norma yra priešiška laisvei. Despotas, kuris yra visiškai emancipuotas tiek įstatymo, tiek moralės normos atžvilgiu, yra vienintelis asmuo, turintis visišką veiksmų laisvę. Tad saikinga valdžia nebūtinai yra blogai, nes ji yra priešiška palaidumui; ir ją dėl to kaltinti – reiškia galiausiai supainioti idėjas.

„Pirminė" laisvės prasmė, kurią turėjo galvoje jaunas Millis, buvo, žinoma, laisvė kaip savivalė, ir niekas čia neprieštarauja *Apie laisvę,* nei raide, nei dvasia. Himmelfarb taip pat cituoja pasažus iš esė apie Coleridge'ą, kurioje Millis nurodo, kad viena iš edukacijos geroje visuomenėje funkcijų yra „ugdyti žmogiškosios būtybės įprotį, taigi ir galią savo asmeninius impulsus ir siekius subordinuoti tam, kas laikoma visuomenės tikslais [...]". Tačiau mokyti žmones priimti visuomenės siekius – reiškia mokyti juos susitaikyti su laisvės apribojimais siekiant gerbti kitų interesus, o ne subordinuoti savo asmenybę, kai tų interesų likimo klausimas nėra sprendžiamas.

Himmelfarb cituoja Millio toje pačioje esė pareikštą teigiamą požiūrį į nacionalumo jausmą, t. y. į bendrą viešą filosofiją, ir teigia, kad šios rūšies nacionalumas yra priešingas individualumui, postuluojamam esė *Apie laisvę.* Tačiau ji nenurodo Millio čia pat pateikiamos išlygos, anot kurios „vienintelis pavidalas, kuriuo galima tikėti [tą] jausmą ateityje egzistuosiant", yra visuotinė pagarba „individualios laisvės ir socialinės lygybės principams, realizuojamiems institucijose, kurios kol kas niekur neegzistuoja arba tėra tik užuomazgos stadijoje". Ji taip pat nepamini, kad esė apie Coleridge'ą edukaciją ir nacionalumą jis aprašė ne kaip *philosophe* laisvės, tikslų aukojimą kompromisams, o kaip sąlygas, kuriomis tas tikslas gali būti pasiektas, t. y. kaip sąlygas, būtinas „charakterio tvirtumui ir vyriškumui" išlaikyti. Kiekviena iš ponios Himmelfarb minimų esė patvirtina *Apie laisvę* mintį (o ne prieštarauja jai), kad asmenybės nepriklausomybė turi būti skiriama nuo savivalės ir anarchijos ir įtvirtinta kaip ypatinga ir atskira teisingos visuomenės sąlyga.

Jeigu ji būtų tai supratusi, nebūtų pakartojusi paikos nuostatos, kad tikri liberalai ekonominę laisvę turi gerbti taip pat kaip intelektualinę laisvę, taip pat nebūtų apkaltinusi Millio, kuris buvo socialistas, nenuoseklumu ir šiuo atžvilgiu. Ekonominės savivalės ir intelektualinės laisvės vienodumas neišvengiamas tik tuomet, kai laisvė reiškia savivalę; jeigu laisvė reiškia nepriklausomybę, šie du dalykai yra galimi aiškiai atskirti, o tam tikroje plotmėje – ir nesuderinami.

Prieš keletą dešimtmečių Aukščiausiasis teismas buvo supainiojęs šias dvi idėjas, kai kurį laiką vadovavosi sprendimu, kad jeigu konstitucija apskritai saugo laisvę, tai ji turi apginti darbdavio laisvę atleisti darbuotojus tokiomis sąlygomis, kokiomis jis pageidauja tai padaryti. Šias idėjas painioja konservatoriai, kai „palaidumo“ terminą vartoja tiek seksualinei nepriklausomybei, tiek politinei prievartai žymėti ir teigia, kad šie dalykai skiriasi tik laipsniu. Šias idėjas painioja radikalai, kai liberalizmą tapatina su kapitalizmu, taigi daro prielaidą, kad individualios teisės kaltos dėl socialinės neteisybės. Millio veikalai yra ne tokios painiavos šaltinis, o jo priešnuodis.

12. Kokias mes turime teises?

1. NETURIME TEISĖS Į LAISVĘ

Ar mes turime teisę į laisvę?[1] Thomas Jeffersonas manė, kad turime, ir nuo tų laikų teisė į laisvę susilaukė daugiau dėmesio negu jo paminėtos konkuruojančios teisės – teisė į gyvybę ir teisė į laimės siekimą. Laisvė davė vardą pačiam įtakingiausiam praėjusio [XIX] amžiaus politiniam judėjimui, ir daugelis tų, kurie dabar neapkenčia liberalų, jų neapkenčia dėl to, kad tie nėra pakankamai libertariški. Žinoma, beveik kiekvienas pripažįsta, kad teisė į laisvę nėra vienintelė politinė teisė, ir kad dėl to pretenzijos į laisvę turi būti ribojamos, pavyzdžiui, suvaržymų, kurie saugo kitų saugumą arba nuosavybę. Vis dėlto kokios nors teisės į laisvę palaikymas yra didžiulis, nors jis ir yra, kaip parodysiu šiame skyriuje, klaidinamas.

Teisė į laisvę yra populiari visame tame politiniame spektre. Laisvės retorika yra kiekvieno radikalaus judėjimo kuras, pradedant tarptautiniais išsivaduojamaisiais karais ir baigiant seksualinės laisvės ir moterų išsilaisvinimo kampanijomis. Tačiau dar ryškesnį vaidmenį laisvė iki šiol vaidino tarnaudama konservatoriams. Netgi nuosaikioms socialinėms pertvarkoms, siūlytoms antitrestinio sąjūdžio ir profesinių sąjungų judėjimo bei ankstyvuoju Naujojo kurso *(New Deal)* laikotarpiu, buvo priešinamasi tuo pagrindu, kad jos pažeidžia teisę į laisvę, o ir visai neseniai mėginimams pasiekti kiek nors rasinio teisingumo Amerikoje – pasitelkiant tokius būdus kaip juodaodžių ir baltųjų moksleivių vaikų pavežėjimas autobusu – bei socialinio teisingumo Britanijoje – privataus lavinimo suvaržymais – yra įnirtingai priešinamasi šiuo pagrindu.

[1] Šioje esė „laisvės" sąvoką vartoju ta prasme, kurią Isaiah'as Berlinas pavadino „negatyviąja".

Iš tiesų tapo įprasta didžiąsias socialines vidaus politikos problemas, ir ypač rasinę problematiką, nusakyti kaip konfliktą tarp laisvės reikalavimo ir lygybės reikalavimo. Sakoma taip: galbūt nepasiturintieji ir juodaodžiai, ir neturintieji išsilavinimo, ir neturintieji įgūdžių turi abstrakčią teisę į lygybę, tačiau klestintieji ir baltieji, ir išsilavinusieji, ir darbingieji taip pat turi teisę į laisvę, ir bet kokie socialinės pertvarkos mėginimai pirmosios grupės teisių labui turi paisyti antrosios grupės teisių ir jas gerbti. Todėl visi, išskyrus ekstremistus, pripažįsta kompromiso tarp lygybės ir laisvės reikalingumą. Kiekvienas socialiai svarbus įstatyminis aktas, pradedant mokesčių politika ir baigiant integracijos planais, yra struktūrizuojamas tariamos įtampos tarp tų dviejų tikslų.

Šį tariamą konfliktą tarp lygybės ir laisvės turiu galvoje, kai klausiu, ar mes turime *teisę* į laisvę, kaip manė Jeffersonas ir visi kiti. Tai lemiamos reikšmės klausimas. Jeigu laisvė pasirinkti mokyklą, darbdavį ar gyvenamąją vietą yra tiesiog kažkas, ko mes visi norime, kaip oro kondicionierius ar omarai, tai neturime teisės laikytis įsitvėrę šių laisvių, susidūrę su tuo, ką pripažįstame kaip kitų teisę į lygų naudojimąsi pagarba ir ištekliais. Tačiau jeigu mes galime pasakyti, kad ne šiaip norime šių laisvių, bet kad turime teisę į jas, mes įtvirtiname pamatą bent jau reikalauti kompromiso.

Pavyzdžiui, dabar vyksta sąjūdis už siūlomą Jungtinių Valstijų konstitucijos pataisą, kuri kiekvienam mokyklinio amžiaus vaikui garantuotų juridinę teisę lankyti „artimiausią mokyklą“ ir šitaip panaikintų pavežėjimą autobusu. Teiginys, kad kvartalo mokyklos yra konstitucinė vertybė, kurios likimas svarstytinas prisiekusiųjų teisme, atrodytų paika, tačiau daugelio amerikiečių supratimu moksleivių vertimas važinėti autobusais esą lygiai taip pat kertasi su fundamentalia teise į laisvę, kaip segreguotas pradinis lavinimas buvo lygybės pažeidimas. Tačiau šitai man atrodo absurdiška; iš tiesų man atrodo absurdiška tarti, kad vyrai ir moterys apskritai turi kokią nors bendrą teisę į laisvę, bent jau ta prasme, kuria laisvę suvokė jos propaguotojai.

Turiu galvoje tradicinę laisvės kaip apribojimų, valdžios nustatomų tam, ką žmogus gali daryti, jei nori, nebuvimo, apibrėžtį.

Pačioje įžymiausioje įdomiausioje esė apie laisvę Isaiah'as Berlinas taip formuluoja šį klausimą: „Prasmė, kuria vartoju laisvės terminą, numato ne tiesiog nusivylimo nebuvimą, bet kliūčių galimam pasirinkimui ir veiklos rūšims nebuvimą – užtvarų keliuose, kuriais žmogus gali pasirinkti eiti, nebuvimą". Ši laisvės kaip leistinumo koncepcija yra neutrali įvairių veiklų, kurių gali imtis žmogus, įvairių kelių, kuriais jis galėtų panorėti eiti, atžvilgiu. Žmogaus laisvė sumenksta, kai neleidžiame jam kalbėti arba mylėtis taip, kaip jis pageidauja, tačiau taip pat jo laisvė sumenksta, kai neleidžiame jam žudyti ar kėsintis į kitų garbę. Pastarieji suvaržymai gali būti pateisinami, tačiau tik dėl to, kad jie yra kompromisai, būtini apsaugoti kitų laisvei ar saugumui, o ne dėl to, kad jie patys savaime nepažeidžia nepriklausomos laisvės vertės. Benthamas sakė, kad visoks įstatymas yra laisvės „pažeidimas" *(infraction)*, ir nors kai kurie tokie pažeidimai gali būti būtini, sunku apsimesti, kad tai, nepaisant visko, nėra pažeidimai. Šia neutralia, visa apimančia laisvės kaip leistinumo prasme laisvė ir lygybė akivaizdžiai konkuruoja. Įstatymai yra reikalingi apsaugoti lygybei, ir įstatymai neišvengiamai yra laisvės aukojimas kompromisui.

Liberalai, tokie kaip Berlinas, tenkinasi šia neutralia laisvės prasme, nes ji atrodo skatinanti aiškų mąstymą. Ji leidžia mums identifikuoti, ko iš tiesų netenkama, nors galbūt ir neišvengiamai, kai žmonės pritaria savo veiksmų suvaržymams dėl kokio nors kito tikslo ar vertybės. Anot šio požiūrio, kiltų nepakeliama maišatis, jei laisvių ar laisvės sąvokas pasitelktume tik kalbėdami apie tuos laisvės netekimo atvejus, kai žmonėms buvo neleista daryti to, ką, mūsų manymu, jie turėjo padaryti. Šitai įgalintų totalitarinius režimus dėtis liberaliais ir tiesiog teigti, kad jie neleidžia daryti tik to, kas yra blogai. Negana to, tai aptemdytų patį aiškiausią liberaliosios tradicijos argumentą, tą, jog kišimasis į laisvą žmogaus pasirinkimą daryti tai, ką jis gali norėti daryti, savaime ir be jokių papildomų sąlygų yra žmogiškumo įžeidimas, blogis, kurį galima teisinti, tačiau niekuomet neįmanoma nuslėpti apeliuojant į konkuruojančius motyvus. Tikram liberalui bet koks laisvės suvaržymas yra tai, dėl ko dora valdžia turi

apgailestauti; ji turi palaikyti tokį suvaržymo minimumą, kuris būtinas palikti erdvės kitoms jos rinkėjų teisėms.

Tačiau, nepaisant šios tradicijos, neutrali laisvės prasmė, kaip man atrodo, daugiau painiavos sukėlė nei pašalino, ypač tada, kai ji buvo siejama su populiaria ir įkvepiančia idėja, kad vyrai ir moterys turi teisę į laisvę. Mat šią idėją galime išlaikyti tik teisės idėją padarydami tokią seklią, kad teisė į laisvę tampa kažin kas, ką vargu ar apskritai verta turėti.

Terminas „teisė" politikoje ir filosofijoje vartojamas daugeliu skirtingų prasmių, iš jų kai kurias esu pamėginęs išnarplioti[1]. Kad galėtume deramai iškelti klausimą, ar turime teisę į laisvę neutraliąja prasme, privalau laikytis kurios nors vienos „teisės" *(right)* reikšmės. Nebūtų sunku rasti to termino reikšmę, kuri mums leistų su tam tikru tvirtumu sakyti, kad žmonės turi teisę į laisvę. Pavyzdžiui, mes galime pasakyti, kad kas nors turi teisę į laisvę, jeigu turėti laisvę yra jo interesas, t. y. jeigu jis jos nori arba jeigu jam būtų gerai ją turėti. Šia prasme aš būčiau pasirengęs pripažinti, kad piliečiai turi teisę į laisvę. Tačiau šia prasme taip pat turėčiau pripažinti, kad jie turi teisę, bent jau bendrai imant, į vanilinius ledus. Be to, šis mano laisvės pripažinimas turėtų labai menką vertę politiniuose debatuose. Pavyzdžiui, galėčiau teigti, kad žmonės turi teisę į lygybę kur kas griežtesne prasme, kad jie ne šiaip tik nori lygybės, bet kad jie turi teisę į ją, ir todėl nepripažinčiau teiginio, jog kai kurie vyrai ir moterys nori laisvės kaip reikalaujančios kokio nors kompromiso, varžančio pastangas (mano įsitikinimu), reikalingas siekiant suteikti kitiems vyrams ir moterims lygybę, į kurią jie turi teisę.

Todėl jeigu teisė į laisvę nori deramai atlikti vaidmenį, kuris jai skiriamas politiniuose debatuose, ji turi tapti teise kur kas griežtesne prasme. 7-ame skyriuje apibrėžiau griežtąją teisės *(right)* prasmę, kuri man atrodo apimanti tai, ką žmonės nori pasakyti, kai remiasi politinėmis ir moralinėmis teisėmis. Neketinu čia kartoti savo analizės – tik reziumuosiu ją štai kaip. Sėkminga teisės pretenzija *(claim*

[1] Žr. 7-ą skyrių.

of right), griežtąja prasme, kurią aprašiau, reiškia štai ką. Jeigu kas nors turi teisę į ką nors, tai valdžia bus neteisi, jei ją iš jo atims, nors tai ir atitiktų bendrąjį interesą. Ši teisės prasmė (kurią galima pavadinti antiutilitarine teisės sąvoka) man atrodo labai artima tai teisės prasmei, kuria ji dažniausiai vartojama politiniame ir teisiniame diskurse ir argumentacijoje pastaraisiais metais. Ji žymi išskirtinę sąvoką – individualios teisės valstybės atžvilgiu sąvoką, kuri yra, pavyzdžiui, konstitucinės teorijos Jungtinėse Valstijose šerdis.

Nemanau, kad teisė į laisvę būtų tapusi kažin kuo ar turėtų daug galios politiniame argumente, jeigu remtųsi bet kuria švelnesne už šią teisės prasme. Tačiau jeigu mes sutariame dėl šios teisės sąvokos, atrodo akivaizdu, kad neegzistuoja jokia bendra teisė į laisvę. Aš neturiu politinės teisės važiuoti įkalniui Leksingtono aveniu. Jeigu valdžia nusprendžia padaryti Leksingtono aveniu vienpusio eismo į miesto centrą gatve, šitai yra pakankamas pateisinimas, kad tai atitiktų bendrąjį interesą, ir būtų keista, jei tvirtinčiau, jog dėl kokios nors priežasties tai vis vien yra neteisinga. Daugybė įstatymų, menkinančių mano laisvę, yra pateisinami utilitariniais pagrindais, kaip atitinką bendrąjį interesą ar naudingi bendrajai gerovei; jeigu, kaip mano Benthamas, kiekvienas iš šių įstatymų pamina mano laisvę, jie vis dėlto neatima iš manęs nieko, ką turėti aš turiu teisę. Vienpusio gatvės eismo atveju bus beprasmiška sakyti, jog nors aš turiu teisę važiuoti įkalniui Leksingtono aveniu, vis tiek valdžia dėl ypatingų priežasčių yra teisi panaikindama tą teisę. Šitai atrodo paika, nes tokios rūšies teisėkūrai valdžiai nereikia jokio ypatingo pateisinimo – užtenka *tik* paprasto pateisinimo *(only a justification)*. Taigi aš galiu turėti politinę teisę į laisvę, – kurią kiekvienas suvaržymo aktas sumenkina ar pažeidžia, – tik silpnu teisės požiūriu, tuo, kad vadinamoji teisė į laisvę visai nekonkuruoja su griežtosiomis teisėmis, tokiomis kaip teisė į lygybę. Bet kuriuo griežtuoju teisės požiūriu, teisės, kuri konkuruotų su teise į lygybę, jokia bendra teisė į laisvę apskritai neegzistuoja.

Dabar kas nors galėtų pasakyti, kad aš neteisingai supratau teiginį, jog egzistuoja teisė į laisvę. Bus sakoma, kad tuo nenorima tvirtinti, jog esama teisės į visokią laisvę, o tik norima pasakyti, kad

esama teisės į svarbias ir pamatines laisves. Kiekvienas įstatymas, kaip yra pasakęs Benthamas, yra laisvės pažeidimas, bet mes turime teisę būti apsaugoti tik nuo fundamentalių ar rimtų pažeidimų. Jeigu laisvės apribojimas yra rimtas arba pakankamai griežtas, tai valdžia iš tiesų neturi teisės primesti to apribojimo remdamasi vien tuo, kad tai atitiktų bendrąjį interesą; pavyzdžiui, valdžia neturi teisės varžyti žodžio laisvės visuomet, kai mano, jog tai pakels bendrąją gerovę. Taigi, nepaisant visko, esama bendrosios teisės į laisvę kaip tokios, su sąlyga, kad ta teisė apima tik svarbias laisves ar rimtus jų pažeidimus. Bus sakoma, kad šis patikslinimas niekaip nepaveikia tų politinių argumentų, kuriuos aprašiau anksčiau, nes teisės į laisvę, kurios trukdo visiškai lygybei, yra teisės į pamatines laisves, pavyzdžiui, tokias kaip teisė lankyti pasirinktą mokyklą.

Tačiau šis patikslinimas iškelia didžiai svarbią liberaliajai teorijai problemą, kurios nenori matyti tie, kurie pasisako už teisę į laisvę. Ką reiškia sakyti, kad teisė į laisvę apima tik pamatines laisves arba kad ji teikia apsaugą tik nuo rimtų laisvės pažeidimų? Tą teiginį galima aiškinti dviem skirtingais būdais, iš kurių kiekvienas lemia visiškai skirtingas teorines ir praktines pasekmes. Įsivaizduokime du atvejus, kai valdžia suvaržo pilietį, neleisdama jam daryti to, ką jis galėtų norėti daryti: valdžia neleidžia jam išsakyti savo nuomonės politiniais klausimais; uždraudžia važiuoti įkalniui Leksingtono aveniu. Kokia yra šių dviejų atvejų sąsaja ir kuo jie skiriasi, jei abu jie yra atvejai, kai pilietis suvaržomas ir iš jo atimama laisvė, o jo teisė į laisvę yra pažeidžiama tik pirmuoju atveju, o ne antruoju?

Pagal pirmąją iš dviejų teorijų, kurių priimtinumą galėtume svarstyti, abiem atvejais iš piliečio atimama ta pati vertybė – laisvė, tačiau skirtumas tas, kad pirmuoju atveju to dalyko, kuris iš jo atimamas, kiekis yra dėl kokios nors priežasties arba didesnis kiekybine prasme, arba rimtesnis poveikio požiūriu negu antruoju atveju. Tačiau tai skamba keistai. Labai sunku apie laisvę galvoti kaip apie produktą. Jeigu mes vis dėlto pamėginame laisvei suteikti kokią nors darbinę prasmę, įgalinčią pamatuoti reliatyvų laisvės sumažėjimą, lemiamą įvairiausių įstatymų ir suvaržymų, tai neverta tikėtis, kad rezulta-

tas atitiks mūsų intuityvią nuovoką apie tai, kurios laisvės yra pamatinės, o kurios – ne. Tarkime, jog laisvės sumažėjimą matuojame apskaičiuodami jo sukeliamo nusivylimo mastą. Tuomet turėsime susidurti su faktu, kad įstatymai, draudžiantys vogti, ir netgi eismo įstatymai nustato suvaržymus, kuriuos dauguma žmonių jaučia kur kas labiau, negu politiško žodžio suvaržymus. Mes galėtume pasirinkti kitokią taktiką ir laisvės sumažėjimo laipsnį matuoti pagal poveikį, kurį tam tikras suvaržymas turi ateities pasirinkimui. Tačiau tuomet turėtume pripažinti, kad įprastinis baudžiamasis kodeksas daugumai žmonių pasirinkimą sumenkina labiau negu įstatymai, draudžiantys radikalią politinę veiklą. Taigi pirmoji teorija, – jog skirtumas tarp mūsų tariamos teisės į laisvę apimamų ir jos neapimamų atvejų yra laipsnio dalykas, – turi subyrėti.

Antroji teorija tvirtina, kad skirtumas tarp tų dviejų atvejų yra sietinas ne su svarstomosios laisvės laipsniu, o su ypatingu tos laisvės, su kuria turime reikalą, pobūdžiu tuo atveju, kurį apima ta teisė. Pagal šią teoriją, pažeidimas, susijęs su įstatymu, ribojančiu žodžio laisvę, yra skirtingo pobūdžio, o ne tik skiriasi laipsniu nuo įstatymo, kuris užkerta kelią žmogui važiuoti įkalniui Leksingtono aveniu. Šitai skamba įtikinamai, nors, kaip matysime, nėra paprasta pasakyti, kas sudaro šį pobūdžio skirtumą arba kodėl šitai argumentuoja teisės naudai kai kuriais atvejais, bet neargumentuoja jos naudai – kitais. Kol kas pasakytina tik tai, jog jeigu perskyra tarp pamatinių laisvių ir kitų laisvių yra ginama šiuo būdu, tai bendrosios teisės į laisvę kaip tokios sampratos visiškai atsisakoma. Jeigu mes turime teisę į pamatines laisves ne dėl to, jog minėti atvejai yra atvejai, kurie laisvei kaip produktui kokia nors prasme yra ypač lemtingi, o dėl to, kad pamatinių laisvių pažeidimas mus užgauna arba pažemina taip, kad tai pranoksta jo poveikio laisvei problemą, tuomet tai, į ką mes turime teisę, yra visai ne laisvė, o vertybės ir interesai arba padėtis, kurias tas konkretus suvaržymas pamina.

Tai nėra tik terminologijos klausimas. Teisės į laisvę idėja yra neteisingai suprasta sąvoka, dėl kurios politinė mintis patiria tik nenaudą – mažiausiai dviem atžvilgiais. Pirma, ši idėja kuria klaidingą

įspūdį būtino konflikto tarp laisvės ir kitų vertybių, kai pasiūloma socialinė reguliacija, kaip kad pavežėjimo autobusu programa. Antra, ta idėja pateikia pernelyg paprastą atsakymą į klausimą, kodėl tam tikrų rūšių suvaržymą, tokį kaip žodžio laisvės ar religijos išpažinimo suvaržymas, laikome ypač neteisingu. Teisės į laisvę idėja įgalina mus pasakyti, jog šie suvaržymai yra neteisingi dėl savo ypatingo poveikio laisvei kaip tokiai. Pripažinę, kad šis atsakymas yra melagingas, turėsime imtis sunkaus klausimo, kokio dalyko likimas iš tiesų sprendžiamas minėtais atvejais?

Norėčiau iškart pradėti nuo šio klausimo. Jeigu nėra jokios bendros teisės į laisvę, tai kodėl piliečiai demokratijoje turi teisę į bet kurią specifinę laisvės rūšį, tokią kaip žodžio laisvė arba religija, arba politinė veikla? Anoks atsakymas yra sakyti, kad jeigu individai turi šias teises, tai bendruomenė kaip visuma turės geresnę ilgalaikę perspektyvą. Ši idėja, – kad individualios teisės gali teikti bendrą naudą, – gali būti teisinga, gali būti ir neteisinga, tačiau tai nesvarbu teisių kaip tokių apgynimo požiūriu, nes kai sakome, kad kas nors turi teisę laisvai išsakyti tai, ką galvoja, atitinkama politine prasme, mes norime pasakyti, kad jis turi teisę tai daryti, net jeigu tai neatitiktų bendrojo intereso. Jeigu norime apginti individualias teises ta prasme, kuria jas teigiame, tai turime pamėginti atskleisti kokį nors argumentą, kuris nurodytų kažką nesusijusį su nauda, kas argumentuoja šių teisių naudai.

Vieną galimybę aš minėjau anksčiau. Būtų įmanoma teigti, kad individai patiria kokią nors ypatingą žalą, kai yra pažeidžiamos tradicinės teisės. Pagal šį argumentą, laisvė pareikšti nuomonę politiniais klausimais yra toks dalykas, kad jeigu ta laisvė atimama, individas patiria ypatingos rūšies žalą, todėl yra neteisinga jam tą žalą daryti, nors bendruomenė kaip visuma ir turėtų naudos. Šis argumentavimo būdas bus patrauklus tiems, kurie patys jaustų ypatingą skriaudą netekę savo politinių ir pilietinių laisvių, tačiau vis vien yra sunku laikytis šio argumento dėl dviejų priežasčių.

Pirma, yra labai daug vyrų ir moterų, ir jie neabejotinai sudaro daugumą netgi tokiose demokratinėse šalyse kaip Britanija ir Jungti-

nės Valstijos, kurie nesinaudoja turimomis politinėmis laisvėmis ir nelaikytų šių laisvių praradimo ypač apmaudžiu. Antra, mes neturime psichologinės teorijos, pateisinančios ir paaiškinančios idėją, kad pilietinių laisvių praradimas ar bet kokių konkrečių laisvių praradimas susijęs su neišvengiama ar netgi tikėtina psichologine žala. Priešingai, dabar esama gyvybingos tradicijos psichologijoje, kurios lyderiai yra Ronaldas Laingas ir kiti, tvirtinantys, kad didelę dalį mentalinio nestabilumo moderniose visuomenėse galima kildinti iš to, jog laisvės reikalaujama per daug, o ne per mažai. Jų aiškinimu, būtinybė rinktis, kuri kyla iš laisvės, yra nereikalingas destruktyvios įtampos šaltinis. Šios teorijos nebūtinai yra įtikinamos, tačiau kol mes negalime būti tikri, kad jie yra neteisūs, negalime remtis prielaida, jog psichologija įrodo priešingą dalyką, kad ir kaip patrauklu tatai būtų politiniais sumetimais.

Jeigu norime argumentuoti teisės į tam tikras laisves naudai, turime rasti kitokį pagrindą. Turime remtis politinės moralės pagrindais, kad neteisinga atimti iš individų šias laisves dėl kokios kitos priežasties, išskyrus tiesioginę psichologinę žalą, nepaisant fakto, kad taip padarant būtų pasitarnauta bendrajam interesui. Šį dalyką formuluoju taip miglotai, nes nėra pagrindo iš anksto daryti prielaidą, kad tik vienos rūšies pagrindas paremtų tą moralinę poziciją. Galbūt teisinga visuomenė pripažintų įvairias individualias teises, iš kurių kai kurios pagrįstos visai kitokiais moraliniais motyvais nei kitos. Likusioje skyriaus dalyje pamėginsiu nusakyti tik vieną iš galimų teisių pagrindų. Tačiau tai nereiškia, kad vyrai ir moterys pilietinėje visuomenėje turi tik tas teises, kurias numato toliau aptariamas argumentas; tai tik reiškia, kad jie turi mažų mažiausiai šias teises, ir šitai yra pakankamai svarbu.

2. TEISĖ Į LAISVES

Centrinė mano argumentacijos sąvoka bus ne laisvės, o lygybės sąvoka. Aš darau prielaidą, kad mes visi pritariame štai kokiems politinės moralės postulatams. Valdžia privalo elgtis su valdomais žmo-

nėmis rūpestingai, t. y. atsižvelgdama į šių žmonių galimą patirti kančią ir nusivylimą, ir su pagarba, t. y. atsižvelgdama į žmonių gyvenimo sampratas, ir veikti jų pagrindu. Valdžia privalo ne tik elgtis su žmonėmis rūpestingai ir pagarbiai, bet vienodai rūpestingai ir pagarbiai. Ji privalo neskirstyti išteklių ir galimybių nelygiai dėl to, kad kai kurie piliečiai turi teisę į daugiau gėrio, nes yra verti daugiau rūpesčio. Ji privalo neriboti laisvės dėl to, kad vieno piliečio gero vienos grupės gyvenimo samprata yra kilnesnė arba pranašesnė už kito sampratą. Šie visi postulatai išsako tai, ką galima pavadinti liberaliąja lygybės koncepcija; tačiau jie teigia būtent lygybės koncepciją, o ne laisvę kaip savivalę.

Suverenus politinės teorijos klausimas valstybėje, kuri turi būti valdoma pagal liberaliosios lygybės koncepciją, yra klausimas, kiek nelygiai yra paskirstomos gėrybės, galimybės ir laisvės tokioje valstybėje ir kodėl. Atsakymo pradžia glūdi toliau aptariamuose skirtumuose. Kiekvienas iš piliečių, valdomų pagal liberaliosios lygybės koncepciją, turi teisę į vienodą rūpestį ir pagarbą. Tačiau esama dviejų skirtingų teisių, kurias gali apimti ta abstrakti teisė. Pirmoji yra teisė į vienodą traktavimą, t. y. į vienodą gėrybių ir galimybių dalį, kuri tenka ar yra duota kiekvienam kitam. Aukščiausiasis teismas rinkimų apygardų ribų bylose skelbė, kad piliečiai turi teisę į vienodą traktavimą paskirstant teises balsuoti; jis paskelbė, kad vienam žmogui turi būti suteikiamas vienas balsas, nesvarbu, kad kitoks balsų paskirstymas galėtų iš tikrųjų būti naudingas bendros naudos požiūriu. Antroji yra teisė būti traktuojamam kaip lygiam. Tai teisė ne į kokios nors gėrybės ar galimybės paskirstymą, o teisė į vienodą rūpestį ir pagarbą priimant politinį sprendimą dėl to, kaip šios gėrybės ir galimybės turi būti skirstomos. Tarkime, jog iškeliamas klausimas, ar bendrąjį interesą atitinka ekonominė politika, kuri daro skriaudą ilgalaikių obligacijų turėtojams. Patyrusieji skriaudą turi teisę, kad į jų būsimą nuostolį būtų atsižvelgiama sprendžiant, ar ta politika naudinga bendrajam interesui. Darant šiuos skaičiavimus jų negalima paprasčiausiai ignoruoti. Tačiau kai į jų interesą atsižvelgiama, jį vis tiek gali nusverti interesai kitų, kurie

iš tos politikos turės naudos, ir tuo atveju pirmųjų teisė į vienodą rūpestį ir pagarbą, šitaip apibrėžta, nebūtų joks kontrargumentas. Taigi ekonominės politikos atveju galėtume sakyti, kad tie, kurie bus nuskriausti, jeigu bus leista infliacija, turi teisę būti traktuojami kaip lygūs sprendžiant, ar ta politika pasitarnaus bendrajam interesui, tačiau neturi teisės į vienodą traktavimą, kuri darytų neteisėtą tą politiką, nors ji ir išlaiko šį testą.

Manau, kad teisę būti traktuojamam kaip lygiam reikia laikyti fundamentalia pagal liberaliąją lygybės koncepciją, ir kad siauresnė teisė į vienodą traktavimą galioja tik tomis ypatingomis aplinkybėmis, kai dėl kokios ypatingos priežasties ją sąlygoja fundamentalesnė teisė, kaip veikiausiai yra ypatingu rinkimų apygardų ribų bylų *(Reapportionment)* atveju. Taip pat manau, jog individualios teisės į atskiras laisves turi būti pripažįstamos tik kai galima parodyti, kad fundamentali teisė būti traktuojamam kaip lygiam reikalauja tų teisių. Jeigu šis argumentas teisingas, tai teisė į atskiras laisves nekonfliktuoja su jokia tariama konkuruojančia teise į lygybę, o – priešingai – kyla iš lygybės koncepcijos, pripažįstamos fundamentalesne.

Tačiau dabar privalau parodyti, kaip įprastinės teisės į atskiras laisves – tas, kurios įtvirtintos, pavyzdžiui, Jungtinių Valstijų konstitucijoje, – galėtų būti suvokiamos kaip reikalaujamos fundamentalios lygybės koncepcijos. Šio teksto sumetimais pamėginsiu tai padaryti pateikdamas tik labiau plėtotino argumento struktūrą, argumento, kurį reikėtų pateikti norint šiuo pagrindu apginti bet kokią atskirą laisvę, o tada parodysiu, kodėl būtų pagrįsta tikėtis, kad toks argumentas, jeigu jis iš tikrųjų būtų pateiktas, remtų įprastesnes politines ir pilietines laisves.

Valdžia, kuri gerbia liberaliąją lygybės koncepciją, gali teisėtai apriboti laisvę tik tam tikrų labai aiškiai apibrėžtų tipų pateisinimo pagrindu. Šio argumento tikslais aš taikysiu štai kokią schematišką politinių pateisinimų tipologiją. Pirma, egzistuoja principiniai argumentai, kurie konkretų laisvės apribojimą pateisina teiginiu, kad to apribojimo reikia apginti atskirai teisei kokio nors individo, patirsiančio skriaudą, jei ta laisvė bus realizuojama. Antra, egzistuoja po-

litinės nuostatos argumentai, kurie apribojimus pateisina kitokiu pagrindu, tuo, jog tokių apribojimų reikia tam, kad būtų pasiektas koks nors bendras politinis tikslas, t. y. sukurta padėtis, kuri dėl to apribojimo yra geresnė bendruomenei kaip visumai, o ne tik tam tikriems individams. Politinės nuostatos argumentus toliau galima skirstyti taip. Anot utilitarinių politinės nuostatos argumentų, bendruomenei kaip visumai bus geriau, nes (formuluojant bendrais bruožais) daugiau jos piliečių turės daugiau to, ko jie, bendrai imant, nori, nors kai kurie iš jų turės mažiau. Kita vertus, anot idealiųjų politinės nuostatos argumentų, bendruomenei bus geriau ne dėl to, kad daugiau jos narių turės daugiau to, ko jie nori, bet dėl to, kad bendruomenė bus kokiu nors atžvilgiu labiau priartėjusi prie bendruomenės idealo, nesvarbu ar jos nariai šio patobulinimo trokšta, ar ne.

Liberalioji lygybės koncepcija griežtai apriboja mastą, kuriuo idealieji politinės nuostatos argumentai gali būti naudojami pateisinti bet kokiam laisvės apribojimui. Tokie argumentai negali būti naudojami, jeigu aptariamoji idėja pati sukelia prieštaravimus bendruomenėje. Pavyzdžiui, apribojimų negalima pateisinti tiesiog tuo, kad jie prisideda prie kultūriškai išsivysčiusios bendruomenės formavimosi, nesvarbu ar bendruomenė nori to išsivystymo ar ne, nes tas argumentas pažeistų liberaliosios lygybės koncepcijos kanoną, draudžiantį valdžiai remtis teiginiu, jog tam tikros gyvybės formos yra iš esmės vertingesnės už kitas.

Tačiau utilitariniai politinės nuostatos argumentai iš pažiūros atrodo nuo tokio prieštaravimo apsaugoti. Jie nedaro prielaidos, kad kokia nors gyvybės forma yra iš esmės vertingesnė už bet kurią kitą, ir vietoj to savo teiginį, kad laisvės apribojimai yra būtini siekiant progresuoti kokio nors bendruomenės kolektyvinio tikslo link, grindžia tiesiog tuo, kad taip jau atsitiko, jog to tikslo trokštama plačiau ar intensyviau negu bet kurio kito. Todėl utilitariniai politinės nuostatos argumentai atrodo ne oponuoją, o, priešingai, įkūniją fundamentalią vienodo rūpesčio ir pagarbos teisę, nes kiekvieno bendruomenės nario norus jie traktuoja kaip lygiaverčius bet kurio kito norams, be jokios lengvatos ar nuolaidos, kuri atspindėtų pažiūrą, kad tas

narys yra vertas daugiau ar mažiau pagarbos arba kad jo pažiūros vertos daugiau ar mažiau pagarbos negu bet kurio kito.

Šis egalitarizmo daromas įspūdis, mano manymu, buvo principinis šaltinis to didelio autoriteto, kurį utilitarizmas per pastarąjį amžių turėjo kaip bendra politinė filosofija. Tačiau 9-ame skyriuje aš pažymėjau, kad egalitarinis utilitarinio argumento pobūdis dažnai tėra iliuzija. Čia ne kartosiu, o tik reziumuosiu savo argumentą.

Utilitarinių argumentų dėmesys nukreiptas į faktą, kad konkretus laisvės apribojimas padarys laimingesnius daugiau žmonių arba patenkins daugiau iš jų teikiamų pirmenybių, nelygu kokiu utilitarizmu – psichologiniu ar preferenciniu – remiamasi. Tačiau bendra žmonių teikiama pirmenybė vienai, o ne kitai politinei linijai, toliau paanalizavus, gali būti suprantama kaip apimanti tiek asmenines teikiamas pirmenybes, nes išreiškia teikiamą pirmenybę vienos gėrybių ir galimybių grupės priskyrimui jam, tiek teikiamas pirmenybes, kurios yra išoriškos, nes išreiškia teikiamą pirmenybę vienam gėrybių ir galimybių priskyrimui kitiems. Tačiau utilitarinis argumentas, kuris kritinį svorį priskiria išorinėms bendruomenės narių teikiamoms pirmenybėms, nebus egalitariškas svarstomąja prasme. Jis negerbs kiekvieno teisės būti traktuojamam su vienodu rūpesčiu ir pagarba.

Pavyzdžiui, tarkime, kad tam tikras skaičius individų bendruomenėje išpažįsta rasistines, o ne utilitarines politines teorijas. Jie nemano, kad kiekvienas žmogus turi būti lygus ir skirstant gėrybes vienas turi būti laikomas vertesniu, o juodaodis žmogus turi būti laikomas menkesniu, taigi, kad baltasis žmogus turi būti laikomas vertesniu. Tai išorinė teikiama pirmenybė, tačiau vis dėlto tikra teikiama pirmenybė vienai, o ne kitai politinei linijai, kurios patenkinimas suteiks malonumą. Vis dėlto, jeigu šiai teikiamai pirmenybei ar malonumui suteikiamas normalus svoris utilitariniam skaičiavime ir dėl to nukenčia juodaodžiai, tai gėrybių ir galimybių paskyrimas, kaip jį įsivaizduoja jie patys, priklausys ne šiaip nuo konkuravimo tarp asmeninių teikiamų pirmenybių, kurį numato abstraktūs utilitarizmo teiginiai, o būtent nuo to fakto, kad jie suvokiami kaip mažiau verti rūpesčio ir pagarbos negu kiti.

Pasitelkime kitokį atvejį ir tarkime, jog daug bendruomenės narių dėl moralinių motyvų nepritaria homoseksualumui arba kontracepcijai, arba pornografijai, arba ištikimybės Komunistų partijai reiškimui. Jie ne tik patys nelinkę įsitraukti į šias veiklas, bet ir nori, kad ir visi kiti to nedarytų, ir mano, kad bendruomenė, kuri šiuos aktus leidžia, o ne draudžia, yra iš esmės blogesnė bendruomenė. Tai išorinės teikiamos pirmenybės, tačiau – pakartosiu dar kartą – autentiškumu jos nė kiek nenusileidžia grynai asmeninėms teikiamoms pirmenybėms ir yra ne menkesnis malonumo šaltinis, kai patenkinamos, bei nemalonumo – kai ignoruojamos. Tačiau – dar kartą, – jeigu į šias išorines pirmenybes reikia atsižvelgti pateisinant laisvės apribojimus, tie, kurie apribojami, nukenčia ne dėl to, kad jų asmeninės teikiamos pirmenybės tiesiog pralaimėjo konkurenciją dėl ribotų išteklių su kitų asmeninėmis teikiamomis pirmenybėmis, o būtent dėl to, kad jų deramo ir pageidautino gyvenimo būdo koncepciją niekina kiti. Šie argumentai pateisina štai kokią svarbią išvadą. Jeigu utilitarinius politinės nuostatos argumentus norima panaudoti laisvės suvaržymams pateisinti, tai privalu rūpestingai stengtis užtikrinti, kad utilitariniai skaičiavimai, kuriais paremtas argumentas, paisytų tik asmeninių ir ignoruotų išorines teikiamas pirmenybes. Politinei teorijai tai svarbi išvada, nes ji rodo, pavyzdžiui, kodėl Johno Stuarto Millio argumentai esė *Apie laisvę* yra ne kontrutilitariniai, o, priešingai, argumentai, tarnaujantys vienintelei apginti galimai utilitarizmo formai.

Nors ši išvada svarbi politinės filosofijos lygmeniu, jos praktinė reikšmė yra ribota, nes neįmanoma sumodeliuoti politinių procedūrų, tiksliai atskiriančių asmenines ir išorines teikiamas pirmenybes. Atstovaujamoji demokratija, anot plačiai paplitusios nuomonės, yra institucinė struktūra, geriausiai tinkama sudėtingai ir įvairiapusei visuomenei, siekiant identifikuoti ir efektyviai diegti utilitarines politines strategijas. Šiuo požiūriu ji nėra tobula, nes, kaip įprasta nurodyti, mažoritarizmas nepajėgus pakankamai atsižvelgti į konkrečių teikiamų pirmenybių intensyvumą, kaip kažką kita nei skaičius, taip pat dėl to, kad politinio įtikinimo metodai, priklausomai nuo pini-

gų, gali korumpuoti tikslumą, su kuriuo balsai reprezentuoja autentiškas balsuojančiųjų teikiamas pirmenybes. Vis dėlto, nepaisant šių netobulumų, atrodo, jog demokratija įgyvendina utilitarizmą labiau patenkinamu būdu, negu tai darytų bet kuri alternatyvi bendra politinė schema.

Tačiau demokratija nepajėgi atskirti balsavimo netobulai atskleidžiamų bendrųjų teikiamų pirmenybių asmeninių komponentų nuo išorinių, o tik tai padėtų sukurti metodą, leidžiantį realizuoti pirmuosius komponentus, ignoruojant antruosius. Tikras balsas rinkimuose ar referendume turi būti laikomas reprezentuojančiu bendrą teikiamą pirmenybę, o ne kokį nors teikiamos pirmenybės komponentą, kurį, jeigu leistų laikas ir ištekliai, atskleistų kompetentingas individualaus rinkėjo nuodugnus išegzaminavimas. Be to, asmeninės ir išorinės teikiamos pirmenybės yra kartais taip neišskiriamai susipynusios, kad jų atskirti neįmanoma ne tik instituciškai, bet ir psichologiškai. Tai būtų, pavyzdžiui, bendravimo *(associational)* teikiamų pirmenybių atveju, kurios daugelio žmonių atveju yra teikiamos tos pačios rasės nariams arba tokių pačių gabumų ar savybių naudai, nes tai – asmeninė teikiama pirmenybė, kuri yra tokia kenksminga išorinių teikiamų pirmenybių atžvilgiu, kad neįmanoma pasakyti, net remiantis introspekcija, kurios asmeninės teikiamos pirmenybės išliktų, jeigu grindžiamoji išorinė teikiama pirmenybė būtų pašalinta. Šitai pasakytina apie tam tikras savęs neigimui teikiamos pirmenybes, kurias turi daug individų, – teikiamas pirmenybes mažesnei tam tikro gėrio daliai, grindžiamas prielaida – ar veikiau išlyga, kad kiti žmonės turės daugiau. Ši teikiama pirmenybė, kad ir kokia kilni, sykiu yra kenksminga išorinių teikiamų pirmenybių atžvilgiu, politinių ir moralinių teorijų pavidalu, ir ginant galimame utilitariniame argumente į jas derėtų atsižvelgti ne daugiau negu į ne tokias patraukliais teikiamas pirmenybes, pagrįstas prietaru, o ne altruizmu.

Dabar noriu pasiūlyti štai kokią bendrą teisių teoriją. Individualios politinės teisės sąvoka, griežtąja antiutilitarine prasme, kurią išskyriau anksčiau, yra atsakymas į filosofinius utilitarizmo, kuris atsižvelgia į išorines teikiamas pirmenybes, trūkumus ir praktinę ne-

įmanomybę utilitarizmo, kuris į jas neatsižvelgia. Ši sąvoka įgalina mus turėti politinės demokratijos institucijas, kurios įgyvendina bendrąjį, arba nerafinuotą, utilitarizmą ir vis dėlto saugo fundamentalią piliečių teisę į vienodą rūpestį ir pagarbą, drausdamos sprendimus, antecedentiškai atrodančius tikėtinus dėl išorinių komponentų teikiamų pirmenybių, kurias atskleidžia demokratija.

Turėtų būti aišku, kaip ši teisių teorija galėtų būti panaudota paremti idėjai, – tai ir yra šio skyriaus tikslas, – kad mes turime atskiras teises į tam tikras laisves, tokias kaip laisvo nuomonės reiškimo ir laisvo pasirinkimo asmeninių ir seksualinių santykių srityje. Būtų galima parodyti, kad bet koks utilitarinis šių laisvių suvaržymas turi būti pagrįstas bendromis bendruomenės teikiamomis pirmenybėmis, į kurias, kaip galima tikėtis remiantis mūsų bendru visuomenės pažinimu, politinių ar moralinių teorijų pavidalu įeis stambūs išorinių teikiamų pirmenybių komponentai, kurių politinis procesas negali atskirti ar eliminuoti. Kaip sakiau, mano dabartinis tikslas nėra suformuluoti argumentus, kurie turėtų būti pateikiami apginti konkrečioms teisėms į laisvę šiuo būdu, o tik parodyti bendrąjį pobūdį, kurį tokie argumentai galėtų turėti.

Tačiau norėčiau paminėti vieną tariamą teisę, kurią galėtų kvestionuoti mano bendrasis argumentas, būtent tariamą individualią teisę į laisvą disponavimą nuosavybe. 11-ame skyriuje priekaištavau tam tikruose sluoksniuose populiariam teiginiui, kad liberalai elgiasi nenuosekliai, jei, pavyzdžiui, gina žodžio laisvę ir kartu nepripažįsta paralelinės kokios nors rūšies nuosavybės teisės ir teisės disponuoti nuosavybe. Tas argumentas turėtų galios, jeigu teiginys, kad mes turime laisvo žodžio teisę, priklausytų nuo bendresnės nuostatos, – kad turime teisę į kažką, kas vadinama laisve apskritai. Tačiau ta bendra idėja yra nepagrįsta ir nekoherentiška; nėra tokio dalyko kaip bendra teisė į laisvę. Todėl argumentas bet kokios duotosios specifinės laisvės naudai gali būti visiškai nepriklausomas nuo argumento bet kokios kitos naudai, ir nėra antecedentiškai nenuoseklu ar net neįtikima tvirtinti vieną, ginčijant kitą.

Ką, laikantis mano siūlomos bendrosios teisių teorijos, galima

pasakyti bet kokios konkrečios nuosavybės teisės naudai? Ką galima pasakyti, pavyzdžiui, teisės į sutarties laisvę, kurią garsiojoje *Lochner* byloje Aukščiausiasis teismas palaikė, o vėliau šio sprendimo išsižadėjo, pritariant liberalams apskritai, naudai? Neįsivaizduoju jokio argumento, įrodančio, kad antecedentiškai tikėtina, jog politinis sprendimas apriboti tokią teisę taip, kaip ją apribojo minimalaus darbo užmokesčio įstatymai, suteiks galią išorinėms teikiamoms pirmenybėms ir taip pažeis teisę tų, kurių laisvė apribojama vienodo rūpesčio ir pagarbos labui. Jeigu, kaip aš manau, joks tokio pobūdžio argumentas yra negalimas, tai tariamoji teisė neegzistuoja. Šiaip ar taip negalima sakyti, kad nenuoseklu neigti ją egzistuojant, sykiu nuoširdžiai ginant teisę į kitas laisves.

13. Ar teisės gali būti kontroversiškos?

1.

Šiame paskutiniame skyriuje privalau apginti knygos argumentus nuo skvarbaus ir – sėkmės atveju – destruktyvaus prieštaravimo. Mano argumentai daro prielaidą, kad dažnai būna tik vienintelis teisingas atsakymas į sudėtingus teisės ir politinės moralės klausimus. Prieštaraujant sakoma, kad kartais nėra vienintelio teisingo atsakymo, o tik atsakymai.

Šį prieštaravimą remiančios pažiūros yra patrauklios. Tai tolerancijos ir sveikos nuovokos mišinys, išreiškiamas tokiais kaip štai šis sprendinys. Kai vyrai ir moterys nesutaria dėl to, ar žodžio laisvės teisė apima užgaulią kalbą, arba dėl to, ar mirties bausmė yra žiauri ir neįprasta konstitucijos nurodomu požiūriu, arba dėl to, ar grupė precedentų, kai nebuvo prieita prie vienareikšmiškų išvadų, deliktinės teisės atžvilgiu nustato teisę į grynai ekonominės žalos atlyginimą, tuomet ir paika, ir arogantiška tarti, kad yra kažin koks kontroversijoje latentiškai glūdintis vienintelis teisingas atsakymas. Išmintingiau ir realistiškiau yra pripažinti, jog nors kai kurie atsakymai gali būti akivaizdžiai prasti, o kai kurie argumentai aiškiai prasti, vis dėlto yra grupė atsakymų ir argumentų, kurie, žvelgiant iš bet kurio objektyvaus ar neutralaus taško, turi būti pripažinti vienodai geri.

Jeigu taip, tai vieno iš jų pasirinkimas yra būtent tai: pasirinkimas, o ne sprendimas, kurį daryti verčia protas. Jeigu prokuroras privalo nuspręsti, ar protestuotojai turi moralinę teisę protestuoti, arba – ar galima atlyginti ekonominę žalą pagal deliktinę teisę, tai visuomenė turi teisę tikėtis tik vieno: jog jo sprendimas bus priimtas dorai ir ramybės aplinkybėmis, nepriklausomai nuo šališkų pažiūrų arba aistrų, arba per didelio uolumo. Visuomenė neturi teisės į kokį

nors konkretų sprendimą, nes tai suponuotų, kad yra vienintelis teisingas atsakymas į klausimą, kurį prokuroras turi išspręsti.

Ši knyga nepaiso šių paprastų jausmų. Pavyzdžiui, 2-ame ir 3-iame skyriuose aš oponuoju populiariai teorijai, anot kurios, teisėjai gali savo nuožiūra spręsti sudėtingas bylas. Pripažįstu, kad teisės principai kartais yra taip gerai subalansuoti, jog, juos imant drauge, tie, kurie yra palankūs priimti sprendimą ieškovo naudai, vieniems teisėjams atrodys stipresni, o kitiems – silpnesni. Aš tvirtinu, kad net ir tai pripažinus, kiekviena iš šalių gali visiškai pagrįstai teigti turinti teisę laimėti, taigi kiekviena gali neigti, kad teisėjas gali savo nuožiūra išspręsti bylą kitos šalies naudai. 4-ame skyriuje aprašiau sprendimo procesą, kuris teikia turinį tam teiginiui; tačiau neteigiu (iš tiesų – neigiu), jog tas sprendimo procesas įvairių teisėjų rankose visuomet nulems tą patį sprendimą. Vis dėlto laikausi teiginio, kad tą procesą, net sudėtingose bylose, galima pagrįstai sakyti esant nukreiptą į atskleidimą, o ne į bylos šalių teisių išradimą ir kad politinis šio proceso pateisinimas priklauso nuo to apibūdinimo įtikimumo.

Taigi tezė, jog nėra teisingo atsakymo, yra nesutaikoma su mano ginama teisių teze. Pirmąją remia patrauklios mano aprašytos pažiūros. Ar ją remia taip pat ir argumentas? Galime išskirti dvi galimų argumentų rūšis. Pirmosios rūšies argumentas yra praktinis. Jis pripažįsta, *arguendo,* kad iš principo gali būti vienas teisingas atsakymas į kontroversišką teisės klausimą. Tačiau jis tvirtina, kad beprasmiška sakyti, jog šalys turi teisę į tą atsakymą arba kad teisėjas turi pareigą jį rasti, nes niekas negali būti tikras, koks yra teisingas atsakymas. Tarkime, jog aš kertu su Jumis lažybų, kad *Lyras* yra geresnė drama negu *Žaidimo pabaiga.* Net jeigu mūsų pažiūros į estetiką yra objektyvistinės ir mes manome, kad teisingas atsakymas į tą klausimą iš principo egzistuoja, vis vien tokios lažybos yra kvailos, nes jos niekuomet negali būti išspręstos taip, kad pralaimėjusioji pusė būtų patenkinta. Būtų beprasmiška lažybas spręsti pasikviečiant arbitru trečiąją šalį. Jis negali pasiūlyti nieko daugiau, išskyrus trečią asmeninę nuomonę, ir tos nuomonės faktas nė vieno iš mūsų neįtikintų (bent jau neturėtų įtikinti), kad esu neteisus. Šitaip yra teisėjui sunkiojoje

teisės byloje. Net jeigu iš principo esama vienos geriausios teisės teorijos, taigi vieno teisingo atsakymo į sunkiąją bylą, tas teisingas atsakymas yra užsklęstas teisės filosofo aukštybėse ir neprieinamas tiek paprastiems žmonėms, tiek teisininkams, tiek teisėjams. Kiekvienas gali turėti tik savo nuomonę, o teisėjo nuomonė tiesos požiūriu nė kiek nėra patikimesnė už bet kieno kito nuomonę.

Šis praktinis argumentas, palaikantis tezę, jog nėra teisingo atsakymo, nereikalauja didelių pastangų. Jis teigia, jog beprasmiška reikalauti, kad teisėjas ieškotų teisingo atsakymo, net jeigu toks egzistuoja, nes teisingas atsakymas ne daugiau tikėtinas teisėjo atveju nei kieno nors kito atveju, taip pat dėl to, kad nėra būdo įrodyti, jog jo atsakymas yra teisingas, net jeigu jis toks yra. Mes turime kruopščiai atskirti tris klausimus. (a) Ar racionalūs teisininkai kada nors nesutaria – net po to, kai dėl visų faktų, įskaitant faktus, sutarta, – dėl to, ar besibylinėjantis sunkiojoje byloje turi teisę laimėti? (b) Ar įmanoma, kad besibylinėjantis gali turėti teisę laimėti sunkiąją bylą net jei racionalūs teisininkai nesutaria ir po to, kai dėl visų faktų sutarta? (c) Ar protingai (arba: teisingai) elgiasi valstybė, įgyvendindama tam tikros teisėjų grupės priimtą sunkiosios bylos sprendimą, nors kita grupė, tokia pat racionali ir kompetentinga, būtų priėmusi kitokį sprendimą?

Kokie loginiai ryšiai turėtų sieti pozityvius atsakymus į šiuos tris klausimus? Praktinis argumentas remiasi prielaida, kad pozityvus atsakymas į pirmąjį klausimą pašalina pozityvaus atsakymo į trečiąjį galimybę, net jei pozityviai atsakoma į antrąjį klausimą. Tačiau tai akivaizdžiai neteisinga. Aišku, jog pozityvus atsakymas į antrąjį klausimą yra būtinas pozityviam atsakymui į trečiąjį. Jeigu besibylinėjantieji sudėtingoje byloje negali turėti jokios teisės į konkretų sprendimą, tuomet ir beprasmiška, ir neteisinga jų ginčą leisti spręsti prieštaringu (arba, jei norite, neprieštaringu) sprendimu dėl to, kokias teises jie turi. Taip pat aišku, kad pozityvus atsakymas į antrąjį klausimą nėra savaime pakankamas pozityviam atsakymui į trečiąjį. Taip pat būtina patenkinti tą sąlygą, jog nors bet kokios konkrečios teisėjų grupės sprendimas yra potencialiai klaidingas ir visų kitų teisinin-

kų pasitenkinimui gal niekuomet nebus įrodyta, kad jis teisingas, vis tiek yra geriau leisti tam sprendimui likti galioti, negu perleisti sprendimą kokiai nors kitai institucijai arba reikalauti, kad teisėjai spręstų laikydamiesi politinės nuostatos pagrindų arba kokiu kitu būdu, kuris iš jų nereikalauja kuo rimčiausio apsisprendimo dėl šalių teisių. Tačiau, žinoma, šią sąlygą galima kuria nors prasme patenkinti net ir atsakius į pirmąjį klausimą „taip". Yra daug priežasčių (taip pat ir visiškai praktinių) prašyti teisėjus spręsti sudėtingas bylas remiantis kuo rimčiausiu jų sprendimu dėl teisių, net kai to sprendimo negalima įrodyti esant patenkinamo visiems ir kai jis iš tikrųjų gali būti neteisingas.

Praktinis argumentas remiasi prielaida, kad atsakymas į pirmąjį klausimą yra lemiamas trečiajam. Tarkime, jog pripažįstama, kad teisės gali būti kontroversiškos; argumentuojantysis neatlyžta ir primygtinai tvirtina, kad kontroversiškomis teisėmis negalima remtis teisėjaujant. Tačiau tai – supaprastinimas. Trečiasis klausimas yra lyginamasis. Tarkime (o dėl to galima ginčytis), kad atsakymas „taip" į pirmąjį klausimą laikytinas argumentu prieš atsakymą „taip" į trečiąjį klausimą. Mes su savąja teisių teze būtume laimingesni, jeigu nebūtų sunkiųjų bylų. Tačiau jei sunkieji atvejai ir yra neišvengiami, tai nereiškia, kad mes turime atmesti teisių tezę. Viskas priklauso nuo alternatyvų. 4-ame skyriuje aprašiau tas alternatyvas ir sakiau jas esant nepatrauklias; nė viena iš jų nebuvo praktiškesnė ar labiau patikimesnė už teisių tezę, ir visos jos labai akivaizdžiai nusileido jai teisingumu.

Antroji iš argumento formų, kurių galimybes turime apsvarstyti, yra teorinė, o ne praktinė, ir stipresnė. Ji sako, kad atsakymas į antrąjį iš trijų išskirtųjų klausimų turi būti neigiamas. Jeigu tai, ar kuri nors iš šalių turi tam tikrą juridinę ar politinę teisę, yra natūraliai kontroversiška, tai, pagal šį argumentą, negali būti tiesa tai, jog jis turi tą teisę.

Kad išlaikyčiau šio skyriaus pusiausvyrą, aš svarstysiu, ar tas argumentas galioja juridinėms teisėms. Tačiau iš pradžių noriu pažymėti, kaip nuodugniai šis teorinis argumentas kvestionuoja kasdienę praktiką ne tik teisės srityje, bet ir daugybėje įvairių kitų. Pavyzdžiui, istorikai ir mokslininkai mano, kad tai, ką jie sako, gali būti teisinga,

nors ir negali įrodyti to esant teisinga tokiu būdu, kurio reikalauja teorinis argumentas. Jie turi argumentų savo sprendimams paremti ir reiškia bei keičia savo nuomonę pasitelkdamas tuos argumentus. Tačiau tai nėra argumentai, kurie dėl loginių sekų nepriklauso nuo kontroversiškų prielaidų. 4-ame skyriuje aprašiau šachmatų teisėjo, raginamo taikyti taisyklę, jog žaidėjai turi nenervinti vienas kito be pagrindo, poziciją. Aš sakiau, kad teisėjas, laikydamasis tokios pozicijos, turėtų padaryti sprendimą apie šachmatų žaidimo pobūdį ir kad visai įmanoma, jog nuovokūs teisėjai nesutars dėl tikslaus charakterizavimo, kurio gali pareikalauti koks nors konkretus klausimas. Tarkime, jog du teisėjai nesutaria: vienas mano (jei prisimintume to skyriaus pavyzdį), jog šachmatai yra protinių gebėjimų žaidimas, toks kai nenumatomos psichologinio šantažo galimybės, o kitas su tuo nesutinka. Teorinis argumentas teigia, jog nė viena iš šių nuomonių negali būti teisinga; kad negali būti atsakymo į klausimą, o tik atsakymai, iš kurių kiekvienas privalo būti toks pat įtikinamas kaip ir kitas. Tačiau, žinoma, tiedu besiginčijantys teisėjai negali šitaip žiūrėti į savo ginčą, nes tokia analizė kiekvieną iš jų palieka su teorija apie nieką. Kiekvienas žino, kad kitas nesutinka ir kad nėra jokio bendro testo, galinčio išspręsti jų ginčą taip, kad panaikintų prieštaravimą. Tačiau kiekvienas mano, kad jo atsakymas yra pranašesnis atsakymas į juos skiriantį klausimą: jeigu jis taip nemano, tai ką jis mano?

Nieko nepadeda nė pasakymas, jog kiekvienas žino, kad jo sprendimas atspindi pasirinkimą, o ne sprendimą, kurį priimti jį verčia protas. Jis renkasi tai, kas (jo manymu) yra geriausias apibūdinimas; tai pasirinkimas, kurį pasirinkti jį verčia jo sprendimas, – lygiai taip pat tvirtai tuomet, kai atvejis yra kontroversiškas, ir kiti nesutinka, kad ir tuomet, kai jis yra paprastas ir jie neprieštarauja. Taip pat nėra jokio reikalo pabrėžti, kad pasirinkimas tėra *jo* sprendimas, tarsi šitai kaip nors keistų jo daromo sprendimo pobūdį; tiesą sakant, nei pastarojo sakinio prasmė, nei jo tiesa nepasikeistų, jei jis būtų pakeistas ištrinant frazę skliaustuose. Žaidimo teisėjai vadovaudamiesi sveika nuovoka galėtų susitaikyti, jog nėra teisingo atsakymo į jų klausimą. Tačiau jeigu jie šį teiginį laiko negatyviu atsakymu į antrą-

jį, o ne tik į pirmąjį iš trijų klausimų, kuriuos išskyriau, tai jų sveika nuovoka nesuteikia jokios prasmės tam, ką jie daro, kai veikia kaip profesionalai, o ne kaip filosofai.

Žinoma, tai nereiškia, kad tezė, jog nėra teisingo atsakymo, yra klaidinga. Jeigu kokia nors filosofinė teorija verčia mus pripažinti, kad teiginys negali būti teisingas, kol nėra kokio nors sutarto testo, kuriuo jos tiesą būtų galima įrodyti, tai juo blogiau įprastinei patirčiai, taip pat ir įprastinei teisinei patirčiai. Tačiau, laimė, viskas yra ne taip blogai. Teorinis argumentas nėra toks įsakmus, kad jo labui turėtume išsižadėti įprastinės patirties. Priešingai: netgi yra neaišku, ką reiškia interpretuojama teorinio argumento tezė, jog „teisingo atsakymo nėra".

2.

Tarkime, jog konkrečios jurisdikcijos teisėjai susirenka į pasitarimą ir nustato, kad kiekvienas turi vadovautis teisių teze, o kai tai neįmanoma, spręsti bylas taip, kaip 4-ame skyriuje darė Heraklis. Taigi jie sutaria veikti kaip projekto dalyviai, projekto, kuris nustato tam tikras tiesos sąlygas teisės teiginiams, tokiems kaip teiginys, jog aukščiausioji bausmė pati savaime nėra žiauri ir neįprasta bausmė arba kad patyrusieji grynai ekonominę žalą dėl kito aplaidumo, gali gauti kompensaciją pagal deliktinį ieškinį. Teisės nuostata gali būti laikoma teisinga, jeigu ji labiau dera su teisės teorija, kuri geriausiai pateisina nusistovėjusią teisę, negu priešinga teisės nuostata. Ji gali būti paneigta kaip neteisinga, jeigu su ta teisės teorija ši nuostata dera mažiau negu priešinga. Tarkime, jog šis projektas įgyvendinamas su įprasta sėkme, kuri būdinga modernioms teisinėms sistemoms. Teisėjai dažnai sutaria dėl teisės teiginių tiesos vertės, o kai nesutaria – savo oponentų argumentus supranta pakankamai gerai, kad būtų pajėgūs nustatyti nesutarimo lygmenį ir surikiuoti šiuos argumentus apytiksle įtikimumo tvarka.

Dabar tarkime, kad kitame šių teisėjų pasitarime atsilanko filosofas ir jiems pasako, jog jie padarė itin šiurkščią klaidą. Atrodo filosofai

maną, kad esama teisingo atsakymo į keblų teisės klausimą, o iš tikrųjų teisingo atsakymo nėra, yra tik atsakymai. Jie esą neteisūs manydami, kad sunkiosiose bylose koks nors konkretus teisės teiginys gali būti teisingas, ir todėl jam priešingas teiginys yra neteisingas. Gali būti (priduria filosofas), kad mito, jog esama teisingo atsakymo, taigi ir kad jie negali savo nuožiūra spręsti sunkiųjų bylų, propagavimas turi tam tikrą politinę vertę. Tačiau teisėjai privalo pripažinti (bent jau tarp savęs), kad ta idėja iš tiesų yra mitas.

Kodėl teisėjus turėtų įtikinti filosofo žodžiai? Pirmiausia jo argumentus sukirstų štai koks samprotavimas. Tarkime, jog teisėjai įtikina filosofą įprastą trejų metų laikotarpį studijuoti teisės mokykloje, o po to pačiam sėstis į teisėjo kėdę keleriems metams. Jis pamatys esąs pajėgus suformuluoti tokius sprendimus, kuriuos mano esant paremtus klaida. Jis įsitikins, kad viena teisės teorija jam atrodo teikianti geresnį įsigalėjusios teisės pateisinimą negu konkuruojančios teorijos. Jis bus pajėgus pateikti tos nuomonės pagrindimą, nors ir žino, kad kiti nemanys šiuos motyvus esant pakankamus. Kaip jis gali sakyti jog, anot argumentų, kuriuos mano esant įtikinamus, ekonominė žala gali būti atlyginama pagal deliktą, tačiau neigti, kad toks teiginys gali būti teisingas? Kaip jis gali turėti motyvų savo nuomonei pagrįsti, bet kartu neigti, jog kiekvienas gali turėti tokios nuomonės motyvų?

Tarkime, filosofas sako, kad nors jis turi tokių nuomonių, tai tik dėl to, kad yra įgijęs teisinį išsilavinimą, taigi yra įtrauktas į projektą, kurio dalyviai buvo sugundyti mitu jų lavinimo metu. Jis neigia, jog nepriklausomas stebėtojas, pats nebūdamas šios veiklos dalyvis, galėtų nuspręsti, kad vieno dalyvio teorijos ir nuomonės yra pranašesnės už kito, bent jau kontroversiškais atvejais. Tačiau ką jis čia norėtų pasakyti šia nepriklausomo stebėtojo idėja? Jeigu jis galvoje turi asmenį be teisinio išsilavinimo, tuomet nei keista, nei svarbu, kad toks stebėtojas būtų nekompetentingas susidaryti nuomonę apie tai, ką dalyviai daro. Tačiau jeigu jis turi omeny asmenį, kuris yra įgijęs reikalingą išsilavinimą, tačiau nebuvo pakviestas eiti teisėjo pareigų, tuomet visiškai neaišku, kodėl tas autoriteto stygius turėtų trikdyti asmens gebėjimą formuluoti sprendimus, kuriuos jis formuluotų, jeigu jį turėtų.

Taigi filosofą trikdys jo paties gebėjimai. Negana to, jam kils ir kita problema, tiesa, susijusi su šia. Jis nori argumentuoti, kad sudėtingoje byloje nė viena iš šalių neturi teisės į sprendimą savo naudai. Pavyzdžiui, filosofas sakys, kad ieškovas *Spartan Steel* byloje[1] neturi teisės į ekonominės žalos atlyginimą, taip pat – kad atsakovas neturi teisės būti atleistas nuo atsakomybės už tą žalą. Jis mano, kad teiginys, jog kompanija, esanti atsakovu, yra atsakinga už ekonominę žalą, yra neteisingas, tačiau nėra teisingas ir teiginys, jog atsakovas nėra atsakingas. Nė vienas iš šių teiginių nėra neteisingas (nes šitai darytų kitą teisingą), tačiau nė viena tezė nėra teisinga. Taip galima įsivaizduoti tezės, jog teisingo atsakymo nėra, pasekmes teiginio tiesos vertei.

Bet visa tai neatrodys būtinai keista ar skandalinga teisėjams, dalyvaujantiems minėtame projekte. Kiekvienas iš šių sprendinių apie teisės teiginių tiesos vertę yra toks, kurį teisėjas gali prasmingai prieiti tam tikromis aplinkybėmis, laikydamasis *pamatinių projekto* normų. Tarkime, jog teisėjas mano, kad argumentai teorijos, taikomos atitinkamam įstatymui, kuris numato atsakovo atsakomybę dėl ekonominės žalos, naudai yra tokie pat stiprūs, kaip ir argumentai teorijos, jį atleidžiančios nuo tos atsakomybės, naudai. Projekto taisyklės, kaip jas iki šiol aprašiau, pripažįsta tą situaciją kaip teorinę galimybę; ir jeigu ta galimybė realizuojama, tai teisėjai pagal tas taisykles bet kurio teiginio negali tvirtinti kaip teisingo arba paneigti kaip klaidingo. Taigi teisėjas kiekvienoje atskiroje sudėtingoje byloje gali pagrįstai padaryti tą patį sprendimą, kokį atrodo daraęs filosofas visose sudėtingose bylose.

Sprendimą, kad nė vienas iš šių vienas kitą neigiančių teiginių nėra teisingas, galime pavadinti sprendimu dėl „lygiųjų". Dabar galime pažymėti tokius sprendimų dėl lygiųjų, kaip sprendimų, daromų pagal minėtą teisėjų projektą, bruožus. (a) Sprendimas dėl lygiųjų yra tokio paties pobūdžio kaip ir sprendimas, kad vienas iš šių priešingų teiginių yra teisingas, o kitas – klaidingas. Sunkiąją bylą galime suvokti kaip pateikiančią kiekvienam teisėjui tikrumo skalę, pradedant tašku kairėje, ties kuriuo teisėjas gali būti tikras, jog tei-

[1] Žr. 4-ą skyrių.

singas yra ieškovui palankus teiginys, toliau eina taškai, numatantys tikrumą, kuris jam leidžia manyti, jog teiginys yra teisingas, tačiau tas tikrumas vis mažėja, ir baigiant dešiniąja skalės puse, kuri numato vis didėjantį tikrumą, jog teisingas yra atsakovui palankus teiginys. Tuomet lygiųjų taškas yra vienintelis taškas šios skalės centre. Sunkiojoje byloje teisėjai gali laikytis vienos iš trijų pažiūrų. Kai kurie gali manyti, jog atvejis turėtų būti nustatytas kuriame nors taške kairėje nuo centro, kitiems gali atrodyti, jog jis turėtų būti nustatytas kuriame nors taške į dešinę nuo centro, o dar kiti gali manyti, kad jis turėtų būti pažymėtas būtent pačiame centre. Tačiau sprendimas dėl lygiųjų yra pozityvus to paties pobūdžio sprendimas, kaip ir kiti du. Jis konkuruoja su anais dviem ir daro tas pačias epistemologines ar ontologines prielaidas (kad ir kokios jos būtų). Galima sakyti, jog trečiasis sprendimas yra sprendimas, kad teisingo atsakymo nėra, jeigu mes šitai suprantame tiesiog kad nė vienas iš kitų dviejų įmanomų atsakymų nėra teisingas; tačiau trečiasis sprendimas yra sprendimas, kuris pats pretenduoja būti būtent teisingu atsakymu.

(b) Tarkime, jog teisėjas, dalyvaujantis projekte, sako: (I) „Nei teiginys, jog atsakovas yra atsakingas (p), nei teiginys, jog jis nėra atsakingas (-p), nėra teisingas.“ Šitai nereiškia to paties dalyko kaip (II) „Aš nematau jokio skirtumo tarp argumentacijos (p) arba (-p)“ naudai. Teisėjas, kurio pozicija yra aprašoma pozicija (II), negali padaryti nieko kita, kaip patvirtinti (I), jeigu jis privalo spręsti, kai jo pozicija yra tokia. Netgi gali būti, jog (II) jis laiko (I) įrodymu. Tačiau tai nėra tolygu pasakymui, jog (I) ir (II) yra identiškos. „Man atrodo, kad argumentai ieškovo naudai yra stipresni“ nėra tas pat kas „Argumentai ieškovo naudai yra stipresni“ netgi iš to paties teisėjo lūpų; tad – tokiu pat būdu – (II) skiriasi nuo (I). Tarkime, jog teisėjas sako ir (I), ir (II), tačiau vėliau kolegos teisėjo yra įtikinamas, jog iš tikrųjų argumentai ieškovo naudai yra stipresni negu argumentai atsakovo naudai. Tuomet jis sakys, jog tuo metu, kai jis reiškė, ką pareiškė anksčiau, (I) buvo neteisingas, tačiau, žinoma, ne (II).

Aš pabrėžiu skirtumą tarp (I) ir (II), kad sutvirtinčiau ką tik pateik-

tą argumentą, jog atsakymas „teisingo atsakymo nėra“, kaip sprendimas laikantis projekto, yra to paties pobūdžio sprendimas ir lygiai toks pat klystamas, kaip kiekvienas iš kitų įmanomų atsakymų. Tai nėra liekamasis atsakymas arba negatyviai suponuojamas atsakymas, kuris automatiškai teisingas visuomet, kai neįmanoma įtikinamai argumentuoti bet kurio kito atsakymo, arba visada, kai gerai argumentuoti yra įmanoma abu kitus atsakymus. Teisėjas, tvirtinantis (I), daro šuolį nuo savo analizės prie išvados, kuri perteikia daugiau nei tos analizės faktą, lygiai kaip teisėjas, apsisprendžiantis ieškovo naudai, daro šuolį nuo savo argumentų fakto prie išvados, jog jie yra teisingi.

Galime įsivaizduoti projektą, kuriame skirtumas tarp (I) ir (II) yra ne toks akivaizdus. Tarkime, jog žirgų lenktynių trasos vadovybė įsigyja ne pačią tiksliausią fotofinišo įrangą. Ji galėtų nustatyti trasos taisyklę: jeigu nuotrauka, padaryta ta įranga, yra tokia neaiški, kad neįmanoma tiksliai nustatyti, kuris žirgas laimėjo, tai turi būti laikoma, jog jie finišavo lygiosiomis, nepaisant fakto, jog tobulesnė įranga greičiausiai būtų parodžiusi laimėtoją. Tuo atveju teiginys, jog prietaisas negali atskirti nugalėtojo, ir teiginys, kad nėra laimėtojo, iš esmės reiškia tą patį. Tačiau projektas, kurio ėmėsi teisėjai, nesudaro prielaidų tokiai situacijai. Joks projekto taisyklių punktas nenumato, jog tai, kas konkrečiam teisėjui arba konkrečiai teisėjų grupei atrodo lygiosios, dėl to ir yra lygiosios.

(c) Labai tikėtina, kad pavienio teisėjo sprendimas, jog svarstomuoju atveju turime lygiąsias, todėl negalima pateikti „jokio teisingo atsakymo“, šiame projekte bus prieštaringas. Vis dėlto galime kalbėti apie antecedentinę tikimybę, jog projektas pateiks daug arba mažai atvejų, kurie iš tikrųjų laikytini lygiosiomis. Tarkime, jog teisinė sistema, kurios sąlygomis dirba teisėjai, yra primityvi teisinė sistema: joje žinoma labai mažai teisminių precedentų arba įstatymų, o konstitucijos tėra tik pačios užuomazgos. Iki bet kokio konkretaus teisminio termino egzistuoja tiek tikimybė, kad teisėjai nuspręs, jog keli atvejai pagal tą terminą yra lygiųjų atvejai, tiek ir ta, kad iš tikrųjų keli atvejai bus lygiųjų atvejai. Kadangi teisės yra labai menkai

įtvirtintos, vienodai gerus pateisinimus nustatytai teisei dažnai teiks daugiau nei viena teisės teorija, ir kiekvienos iš jų kritinis skirtumas sąlygos skirtingą sunkiosios bylos rezultatą, o daugeliui teisėjų jos atrodys teikiančios vienodai gerus pateisinimus.

Tačiau tarkime, jog, priešingai, teisinė sistema, kurią administruoja tie teisėjai, yra labai pažengusi ir turtinga konstitucinių normų ir praktikų bei turi sukaupusi daug precedentų ir įstatymų. Antecedentinė lygiųjų tikimybė tuomet yra nepalyginti mažesnė; tiesą sakant, ji galėtų būti tokia maža, kad pateisintų tolesnę pamatinę projekto normą, kuri nurodo teisėjams eliminuoti lygiąsias iš jų galimų atsakymų spektro. Ši instrukcija neneigia teorinės lygiųjų galimybės, tačiau suponuoja, jog, turint omenyje nagrinėjamos teisinės medžiagos sudėtingumą, teisėjai, – jei jie mąsto ilgai ir pakankamai įtemptai, – galiausiai prieis nuomonę, kad, atsižvelgus į visus dalykus bei paisant ir minimalios persvaros, vienos arba kitos šalies argumentai yra geresni. Ši tolesnė instrukcija bus racionali, jeigu antecedentinė teisėjų sprendimo klaidingumo tikimybė atrodo didesnė negu antecedentinė tikimybė, kad kuris nors atvejis išties bus lygiųjų atvejis, ir jeigu esama galutinio žodžio privilegijos ar kitų politinių pranašumų, kurių galima tikėtis paneigiant lygiųjų galimybę teisėje. Žinoma, instrukcija bus ne racionali, o kvaila, jeigu teisinė sistema nėra pakankamai sudėtinga tam antecedentinių tikimumų apskaičiavimui pateisinti.

Dabar galime grįžti prie filosofo teiginio, jog teisėjai labai klysta darydami prielaidą, kad sudėtingoje byloje yra galimas teisingas atsakymas. Jeigu mes jo teiginį laikome teiginiu, galiojančiu šiame projekte, tokiu, kokį gali pateikti ir pats teisėjas, tai tas teiginys yra beveik tikrai neteisingas. Jis iš esmės reiškia štai ką: sprendimas, konstatuojantis lygiąsias, būtinai yra teisingas sprendimas kiekvienu atskiru kontroversišku atveju, t. y. kiekvienu atveju, kai vienas atsakymas negali būti įrodytas tokiu būdu, kuris gali būti atmestas tik iracionalaus atsakymo. Dabar (jeigu projektas specialia instrukcija nurodo neleisti lygiųjų) kiekvienas teisėjas pripažins, kad kai kurios sunkiosios bylos gali iš tikrųjų būti lygiųjų atvejai, tačiau joks teisėjas nemanys, kad visi jie yra lygiosios. Kad paremtų savo teiginį prieš jų nuomonę,

filosofas turės pakeisti argumentų, patvirtinančių, jog visos sunkiosios bylos bus tiksliai mūsų įsivaizduotos skalės centre, o toks teiginys yra toks neįtikimas, kad jį iš karto galima atidėti į šalį.

Jeigu projekte įtvirtinta speciali instrukcija, kurią ką tik minėjau, tai filosofo teiginį galima traktuoti paprasčiau. Jis galėtų oponuoti sakydamas, jog ta instrukcija yra neprotinga arba nederama, ir tvirtinti, jog antecedentinė tikrų lygiųjų tikimybė yra pakankamai didelė, todėl kvaila nurodyti teisėjams ignoruoti tą galimybę. Tuomet jo teiginį reikia pataisyti: jo argumentas ne tas, kad nesama teisingo atsakymo jokioje sunkiojoje byloje, o tik tas, jog yra iracionalu nustatyti, kad kiekvienoje sunkiojoje byloje turi būti teisingas atsakymas. Šį kuklesnį teiginį, rekomenduojantį projektą papildyti taip, kad jis numatytų lygiąsias, bus verta svarstyti, nors galbūt teisėjai pasielgs gerai, atmesdami tą rekomendaciją, jeigu jų sistema yra pakankamai sudėtinga.

Taigi jeigu mes filosofo teiginį suprantame kaip teiginį, teikiamą šio projekto, bet kuria iš šių dviejų versijų, tai šis teiginys nėra toks, kuris turėtų sukelti ilgalaikį rūpestį teisėjams, nes tai yra teiginys, darantis prielaidą, o ne kvestionuojantis fundamentalų jų projekto protingumą. Filosofas galėtų prieštarauti sakydamas, kad jo teiginys neturėtų būti interpretuojamas kaip šio projekto teiginys; jis neturi būti suprantamas kaip teiginys, kurį galėtų pateikti patys teisėjai, ištikimi projektui. Veikiau tai yra principinė ataka, kvestionuojanti patį veiklos projekto racionalumą ir privalo būti suprantama kaip tokia. Tačiau dabar mes turime nenusigręžti štai nuo kokio esminės svarbos klausimo. Ar esama kokio nors būdo filosofo teiginį suprasti kitaip, o ne kaip teisėjų projekto teiginį? Kaip galima jį suprasti kaip išorinę viso to projekto kritiką?

Esama dviejų galimybių, kurios atrodo atviros. Filosofo teiginį galime suprasti kaip teiginį, teikiamą kitokio teisėjavimo projekto – tokio, kuris teisės teiginiams kelia kitokias tiesos sąlygas. Arba galime suprasti jį kaip teiginį, išorišką visų tokių projektų atžvilgiu, kaip teiginį apie tikro pasaulio faktus, kuriuos teisėjai geriausiai privalo gerbti, kad ir kokias tiesos sąlygas jie pasirinktų savo teiginiams. Tačiau nė viena iš šių dviejų galimybių visiškai neatitiks filosofo tikslų.

(1) Lengvai galime įsivaizduoti teisėjavimo projektą, kuriame filosofo sprendinys, jog sunkiojoje byloje niekuomet nesama teisingo atsakymo, yra visiškai įtikinamas. Tarkime, jog teisėjų grupė nusprendžia laikytis štai kokių taisyklių. Teisės teiginys gali būti patvirtinamas esantis teisingas, jeigu tą teiginį remiantis faktais, dėl kurių sutariama arba kurių reikalaujama, paprasčiausia dedukcija galima išvesti iš įtvirtintos teisės. Teisės teiginys gali būti paneigtas kaip neteisingas, jeigu jam priešingą teiginį remiantis faktais, dėl kurių sutariama arba kurių reikalaujama, paprasčiausia dedukcija galima išvesti iš įtvirtintos teisės. Pagal tokias taisykles kiekvienoje sudėtingoje byloje kaip teisingas negali būti patvirtintas nei teisės teiginys, palankus ieškovui, nei teiginys, palankus atsakovui, ir nė vienas iš jų negali būti atmestas kaip neteisingas. Šiuo atžvilgiu jokioje sunkiojoje byloje nebus teisingo atsakymo.

Tačiau aišku, jog mūsų įsivaizduojamų teisėjų vykdomas projektas tokio rezultato nelemia. Tad filosofo teiginys, kad ir koks įtikimas jis būtų kokiame nors kitame projekte, šiam projektui yra nesvarbus. Filosofas dabar galėtų pasakyti, kad ką tik aprašytasis *jo* projektas yra teisinis projektas, realiai galiojantis, pavyzdžiui, Britanijoje arba Jungtinėse Valstijose, ir kad mano aprašytasis teisėjų projektas yra paprasčiausiai įsivaizduojamas. 4-ame skyriuje tvirtinau, kad teisinės sistemos, galiojančios tose šalyse (ir, žinoma, kitur), iš tikrųjų yra labai panašios į tą projektą, kurį čia įsivaizdavau. Jeigu taip, tai filosofas vargiai gali pretenduoti į tai, jog jo projektas yra tikroviškesnis. Tačiau tarkime, kad buvau neteisus ir kad jo projektas yra panašesnis į tuos, kurie iš tikrųjų praktiškai įgyvendinami. Teorinis argumentas, patvirtinantis tezę, jog „nėra teisingo atsakymo", turėjo parodyti, jog iš principo negalėtų būti vieno teisingo atsakymo į sunkiosios bylos klausimus. Tačiau dabar jis parodo tik tai, jog, tiesą sakant, įprastinės teisinės sistemos pripažįsta teisės teiginių tiesos sąlygas, kurios laiko negalimu teisingą atsakymą sunkiojoje byloje. Tai būtų gerokai kuklesnis teiginys, net jeigu jis būtų teisingas, nors toks ir nėra.

(2) Tarkime, filosofas teigia, kad jis kalba ne laikydamasis kokio

nors kitoniško projekto pozicijų, projekto su skirtingomis pamatinėmis patvirtinimo ir paneigimo taisyklėmis, bet apie realų pasaulį. Jo argumentas yra tas, kad iš tikrųjų sudėtingoje teisės byloje negali būti teisingo atsakymo, todėl jeigu koks nors teisėjų projektas patvirtina taisykles, kurios daro prielaidą, kad teisingas atsakymas yra galimas, tas projektas yra pagrįstas mitu. Jis kalba ne remdamasis skirtingu projektu, o objektyviais faktais, nuo kurių privalo nenusigręžti jokia veikla, jeigu ji nori būti realistiška.

Tačiau kas yra šioji objektyvi realybė? Ji turi apimti teises ir pareigas, įskaitant juridines teises ir pareigas, kaip objektyvius, nuo konvencinių sistemų struktūros ir turinio nepriklausomus faktus. Ši idėja yra įprasta vadinamųjų natūraliųjų teisininkų teorijose, tačiau virsta nuostabą keliančiu žaislu, kai ją aptinkame filosofo, kuris, remdamasis sveiku protu, tvirtina, kad sunkiojoje byloje negali būti teisingo atsakymo, rankose. Juk jeigu teisės ir pareigos yra kokio nors objektyvaus ir nepriklausomo pasaulio dalis, tai kodėl negalėtume tarti, kad kas nors gali turėti teisę, net jeigu daugiau niekas nemano ją turįs, arba jeigu niekas negali įrodyti, kad turi?

Taigi mūsų filosofui rizikinga pretenduoti į tai, kad jis kalba apie objektyvią teisinę realybę, kurios tiesos sąlygos yra nepriklausomos nuo žmogiškųjų tradicijų. Šitai pavojinga ir kitu atžvilgiu. Kyla grėsmė, jog pats pagrindinis jo teiginys taps nesuvokiamas. Jis argumentuoja, kad (p) (atsakovas yra atsakingas dėl ekonominės žalos) ir (– p) (atsakovas nėra atsakingas dėl ekonominės žalos) negali būti patvirtinta kaip teisinga, bet nėra ir neteisinga. Kaip gali būti prasmingas toks teiginys? Jeigu atsakomybės priskyrimas yra objektyvaus fakto dalykas, nepriklausomas nuo projektų, tokių kaip mūsų aprašytieji, ir jeigu teiginys, numatantis žalos atlyginimo teisę (kaip (p)) nėra teisingas, jis turi būti neteisingas.

Filosofo teiginį galime padaryti prasmingą *tik* tuomet, jeigu jį suprantame kaip nusakantį specialias projekto numatomas tiesos sąlygas. Jo teiginys būtų tinkamas, kaip ką tik pripažinau, projekte, kurio tiesos sąlygos teiginio tvirtinimą arba paneigimą leidžia tik nesudėtingoje byloje. Tuomet sunkiojoje byloje teisės teiginys nebūtų

nei patvirtintas kaip teisingas, nei paneigtas kaip neteisingas. Teiginio neteisingumas nekiltų iš jo netiesos. Projekte, kurį nusistatė mūsų teisėjai (tačiau be specialios lygiąsias draudžiančios instrukcijos), ta sąlyga lieka teorine galimybe, nors tikimybė, kad taip iš tikrųjų atsitiks, labai išplėtotos teisinės sistemos sąlygomis yra menka. Jeigu taisyklės papildomos specialia instrukcija, tai nepatvirtinimo ir nepaneigimo kombinacija uždraudžiama užbėgant įvykiams už akių, remiantis spėjimu, kad tos kombinacijos neleidimas nesutrukdys – dėl mano aprašytų priežasčių, – įgyvendinti projektą. Tačiau be *tam tikrų* specialių tiesos sąlygų, kurios įgalina atsispirti išvadai, jog jeigu teiginys nėra teisingas, tai jis yra klaidingas, tezė, jog nesama teisingo atsakymo, apskritai negali būti išlaikyta.

Tą patį argumentą, bet gerokai plačiau, esu išdėstęs kitur, ir tie, kurie domisi bendruoju klausimu, ar visuomet esama teisingo atsakymo į teisės klausimą, turėtų pasigilinti į tą ilgesnį aiškinimą[1]. Tačiau privalau paminėti vieną galimą prieštaravimą šiai mano argumento daliai, prieštaravimą, nenumatytą tame aptarime. Jis remiasi labai bendru argumentu, kuris yra įprastas tarp filosofų, būtent tą, kad teiginiai neegzistuojantiems dalykams nėra nei teisingi, nei klaidingi. Esama tradicijos, teigiančios, kad teiginys, jog esamas Prancūzijos karalius yra nuplikęs, yra nei teisingas, nei klaidingas (nors taip pat esama tradicijos, kuri tvirtina, kad deramai suprastas šis teiginys yra paprasčiausiai neteisingas). Teiginys apie Prancūzijos karalių neatrodo toks, kuris gali būti suprastas tik laikantis kokio nors specialaus projekto, tokio kaip mūsų svarstytieji, ir vis dėlto (anot vienos pažiūros) jis nėra nei teisingas, nei klaidingas. Taigi (kaip esu girdėjęs teigiant) teisės teiginiai, kurie nesilaiko specialių projektų, taip pat gali būti nei teisingi, nei klaidingi.

Tačiau teisės teiginių sunkiosiose bylose palyginimas su teiginiais apie neegzistuojančius dalykus yra akivaizdžiai beprasmiškas. Pastarieji kelia problemų tik dėl to, kad yra suprantama, jog teiginio su-

[1] „No Right Answer", kn.: *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart,* London 1977.

bjektas neegzistuoja, ir teiginys jį taria egzistuojant, o ne tvirtina jo egzistavimą. Kontroversiškos teisės teiginiai arba tvirtina, arba neigia juridinės teisės egzistavimą ar kokį nors kitą teisinį santykį. Kontroversija kyla būtent dėl to, ar tas tvirtinimas arba neigimas yra teisingas. Jeigu jau tariame, kad teisė į ekonominės žalos atlyginimą neegzistuoja, tai teiginys, kad tokioje byloje ieškovas turi teisę į atlyginimą, nėra problemiškas. Jis yra tiesiog neteisingas. Jį galima palyginti su teiginiu, jog dabar Prancūzija turi karalių. Niekas nemano, kad šis teiginys nėra nei teisingas, nei klaidingas. Jis yra arba (kaip mano daugelis iš mūsų) neteisingas, arba (kaip mano kai kurie kraštutiniai *Comte de Paris* šalininkai) teisingas.

3.

Ką tuomet galiausiai pasakysime apie bendrąjį prieštaravimą, kuris buvo šio skyriaus tema? Jau nebėra taip aišku, kad sveika nuovoka arba realizmas remia prieštaravimą, pagal kurį sunkiojoje byloje negali būti teisingo atsakymo, o tik priimtinų atsakymų spektras. Praktinis argumentas to teiginio naudai yra suvokiamas neteisingai. Teoriniam argumentui prieštarauja pačių šį argumentą teikiančiųjų pajėgumas, ir jo netgi negalima – ar bent jau taip atrodo – teigti taip, kad jo teiginiai neištirptų tame pačiame fone, kurį jis siekia kvestionuoti. Kai kurie skaitytojai liks neįtikinti. Žinoma, *negali* būti, jog tikrai sunkiojoje byloje viena šalis yra paprasčiausiai teisi, o kita paprasčiausiai neteisi. Tačiau kodėl negali būti? Galbūt manymas, jog viena pusė gali būti teisi, o kita – neteisi, yra įaugęs į mūsų mąstymą, virtęs įpročiu ir sudaro tokį gilų jo lygmenį, kad negalime išlikti nuoseklūs ir paneigti to manymo, nesvarbu kokie skeptiški ar blaivūs norime būti tokiuose reikaluose. Šitai paaiškintų, kodėl mums sunku nuosekliai teigti tą teorinį argumentą. „Mitas“, kad sunkiojoje byloje yra vienas teisingas atsakymas, yra ir nenuginčijamas, ir sėkmingas. Jo nenuginčijamumas ir sėkmė patvirtina, kad tai nėra joks mitas.

Priedas:
Atsakymas kritikams

Šis priedas – tai peržiūrėta ir išplėsta straipsnio *„Septyni kritikai" (Seven Critics)* versija, juo atsakiau į grupę straipsnių, pirmą kartą publikuotų viename *Georgia Law Review* numeryje (vol. 11, Sept. 1977, nr. 5), ir aptarusių įvairius šios knygos aspektus. Keletas iš tų straipsnių iškėlė klausimus, kurie, man rodos, yra įdomūs įvairiems skaitytojams, todėl pamaniau, kad būtų gerai prie naujojo leidimo pridėti savo atsakymą, reikšmingai išplėtojantį mano argumentus. Tačiau padariau tam tikrų pakeitimų. Išėmiau vieną pradinio straipsnio skirsnį, ne dėl to, kad ten aptariami kritikai kelia nesvarbius klausimus, bet dėl to, kad mano atsakymas jiems neatrodo esąs savaime įdomus. Pridūriau naujus skirsnius, aptariančius problemas, iškeltas trijų kitų kritikų. (Tačiau nenoriu teigti, kad šios yra vienintelės ar netgi kad jos yra pačios kebliausios problemos, iškeltos mano argumentų atžvilgiu literatūroje, kurios nepaprastas gausumas yra malonus ir kurią sudaro daugiausia labai aukštos kokybės darbai, taip pat nenoriu pasakyti kad sutinku arba neturiu atsakymo į kitus pateiktus prieštaravimus.) Papildoma dalimi praplėčiau antrąjį skirsnį, nagrinėjantį ankstesnę ten aptariamo kritiko esė, ir išplėčiau keletą kitų skirsnių.

Labai nedaugeliu atvejų šis priedas aiškina, kad mano kritikai nesuprato, ko siekiau savo argumentacija. Pripažįstu, kad atsakomybė dėl šių nesusipratimų tenka man. Keletas esė knygoje plėtoja bendrąją teisės teoriją, tačiau, kaip pasakiau įvade, jos buvo parašytos atskirai, jose yra tam tikrų pasikartojimų ir idėjų plėtojimo, ir jos nepasako visko, ką noriu pasakyti tais klausimais, kurie jose aptariami. Tokiai knygai kyla daugiau pavojų būti neteisingai interpretuotai, negu knygai, parašytai kaip visuma. Skaitytojui dažnai turi kilti pagunda pa-

čiam užpildyti spragas tarp įvairių dalių, galbūt taip, kad priartintų autorių arčiau prie kokios nors standartinės pozicijos, su kuria skaitytojas jau yra susipažinęs. Tuomet su tomis labiau pažįstamomis pozicijomis nesiderinančius pasažus galima kur kas lengviau išleisti iš akių.

Ką tik pakartojau, kad noriu pasakyti daugiau negu iki šiol esu pasakęs apie keletą dalykų, ir du iš jų paminėsiu. Pirmasis – tai sąvokų ir sampratų išskyrimas ir idėja, kad sąvokos sampratą ginanti argumentacija yra atskira argumentacijos forma. Šia idėja remiuosi 5-ame skyriuje, ir dar kartą pasiremiu 5-ame šio priedo skirsnyje, tačiau mano šios idėjos analizė iki šiol tėra tik intuityvi. Antrasis dalykas, kurį noriu paminėti, yra teiginys, nusakytas įvade ir pakartojamas čia, 6-ame skirsnyje, kad lygybės kaip vienodo rūpesčio ir pagarbos koncepcija ne tik teikia argumentą įprastinių konstitucinių teisių, aprašytų 12-ame skyriuje, ir ekonominių teisių, aprašytų kitoje esė[1], naudai, bet ir paaiškina autonomijos idėją, idėją, kuri vyravo klasikiniuose žmogaus teisių aprašymuose. Jeigu šitai teisinga, tai tariamas konfliktas tarp autonomijos ir lygybės, kaip gerai žinomas konfliktas tarp laisvės ir lygybės, yra netikras. Dabar manau, kad abu šie klausimai – sąvokos sampratos argumentų supratimo problema ir lygybės bei autonomijos sąsajos supratimo problema – nuves teisės ir politinę filosofiją prie tolesnės filosofijos klasikinės problemos: asmens tapatybės problemos. Mat būdas, kuriuo kiekvienas iš mūsų ugdomės gyvenimo sampratą, yra sykiu ir mūsų atskiro argumentavimo tipo paradigma, ir autonomijos idėjos šaltinis. Tačiau pastaroji idėja yra spekuliatyvi ir neišsitenka net ir šioje sau daug leidžiančioje pastraipoje.

1. HARTAS IR RAMUS MIEGAS NAKTĮ

Gali pasirodyti įžūlu profesoriaus Harto pastabas apie mane jo elegantiškoje Sibley ciklo paskaitoje[2] laikyti kritika. Jis pateikė tik

[1] „Liberalism", netrukus pasirodysiančioje kn.: S. Hampshire (ed.), *Public and Private Morality.*

[2] H. L. A. Hart, „American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", *Ga. L. Rev.* 968, 983 (1977).

spėliones apie tai, kokius netobulumus galėtų nurodyti kiti, ir netgi šitai padarė taip švelniai ir su tokiu didžiadvasiškumu, kad dar kartą suteikė man progą įsitikinti, jog kritika jo rankose visuomet yra tiek pat maloni, kiek ir pamokoma. Jis sako, kad teisininkai ras neišsprendžiamų problemų mano argumentacijoje, pagal kurią teisėjavimas, netgi sunkiosiose bylose, kai teisėjai kuria naujas teisės normas, yra principo, o ne politinės nuostatos dalykas. Jis taip pat sako, kad jų neįtikins mano argumentai, neigiantys populiarią idėją, jog tokiais atvejais dažnai nesama teisingo atsakymo į teisės klausimus.

Tačiau Harto esė yra naudinga ne tik tuo, kad numato šias reakcijas, bet ir tuo, kad primena mums įprastinį teisės paveikslą, paaiškinantį, kodėl kai kurie kritikai suprato mano teiginius taip, kaip suprato, ir su tokia savikliova juos atmetė. Jie mano, kad galima patogiai sakyti, jog normos egzistuoja, ir tiki tuo, ką Hartas vadina „egzistuojančia teise", kurią sudaro specialus aprėpiamas teisinių normų (ir galbūt kitų rūšių standartų) sąvadas, normų, egzistuojančių šiuo momentu. Šitaip suvokta egzistuojanti teisė turi dvi funkcijas: ji vienintelė gali pateikti atsakymus į klausimus apie teisines piliečių ir kitų juridinių asmenų pareigas ir ji viena gali įpareigoti teisėjus laikyti šiuos atsakymus kaip teisės bylų dispozityvą. Harto požiūriu, Amerikos jurisprudencija manė esanti priversta rinktis iš dviejų kraštutinių teorijų apie egzistuojančios teisės turinį. Pirmoji yra košmaras, būtent tas, jog egzistuojanti teisė yra tuščia: joje nėra visai jokių normų. Antroji yra kilni svaja; kraštutinė jos versija, kurią Hartas priskiria man, teigia, kad egzistuojanti teisė yra tokio turtingo turinio ir tokia detalizuota, jog teisėjas

> visuomet privalo manyti, kad esama kokio nors sprendimo kiekvienu galimu atveju, sprendimo, kuris jau yra [egzistuojanti] teisė iki jam išsprendžiant bylą, ir laukia, kol jis jį atras. Jis privalo nemanyti, kad teisė kartais yra neišbaigta, nenuosekli ar neaiški; jeigu taip pasirodo, trūkumas yra ne jos, o ribotų žmogiškų teisėjo protavimo galimybių...[1]

[1] *Ibid.*, 983.

Iš tikrųjų, pagal Hartą, mąstantis teisininkas išvengs tiek košmaro, tiek svajos ir susitvarkys taip, kad naktį ramiai miegotų, o šitai užtikrina įprastos tarpinės pozicijos, anot kurių, egzistuojanti teisė apima labai daug normų, kurias sukuria teisėkūra, precedentas ir papročiai, bet šių normų nėra nei pakankamai gausu, nei jos nėra pakankamai tikslios, kad išspręstų visas bylas.

Hartas yra teisus manydamas, jog „egzistuojančios teisės" kaip kažkokio egzistuojančio dalyko vaizdavimas iki šiol turėjo baisiai didelę įtaką jurisprudencijoje. Jis atsakingas už prieštaringų juridinių teisių „slaptosios knygos" teoriją, kurią aprašysiu vėliau. Paties Harto požiūris, paremtas sveika nuovoka, taip pat pritaria abiem kraštutinėms pozicijoms ir skiriasi nuo jų tik turiniu, jo priskiriamu tai egzistuojančiai teisei. Aš viliuosi įtikinti teisininkus neatsižvelgti į visą šį egzistuojančios teisės pavaizdavimą ir atkreipti dėmesį į teisės teoriją, kuri klausimus apie juridines teises supranta kaip specialius klausimus apie politines teises, taigi būtų galima manyti, jog ieškovas turi tam tikrą juridinę teisę, nedarant prielaidos, jog kokia nors jau „egzistuojanti" norma ar principas teikia tą teisę. Vietoj klaidinančio klausimo, ar teisėjai atranda normas „egzistuojančioje teisėje", ar sukuria normas, kurių ten negalima rasti, mes turime klausti, ar teisėjai mėgina apibrėžti, ką šalys turi teisę turėti, ar sukuria tai, ką jie laiko naujomis teisėmis, įgyvendinančiomis socialinius tikslus. Aš noriu pasakyti, kad Hartas ir kiti kritikai mano pažiūras mėgina įsprausti į senus paveikslo rėmus, kuriuos aš atmetu, ir kad svaja, kurią jie įžvelgia mano kūryboje, – svaja, kuri, mano supratimu, yra veikiau paika nei kilni, – yra tos sąjungos produktas. Tačiau sutinku, kad tam tikra prasme su kilnumu yra susijęs klausimas, ar aš esu teisus ar neteisus visais šiais klausimais, kaip tik tai aš ir mėginu toliau paaiškinti skirsnyje 3B.

2. GREENAWALTAS IR TEISIŲ TEZĖ

A. Principai ir politinės nuostatos

Savo pagrindiniu taikiniu Greenawaltas pasirenka mano teiginį, kad teisėjams paprastose civilinėse bylose būdinga savo sprendimus pa-

teisinti pasitelkiant tai, ką pavadinau principo, o ne politinės nuostatos argumentais, taip pat mano teiginį, jog jie ne tik taip sprendžia, bet ir taip turėtų spręsti. Greenawaltas prieštarauja keliems šio teiginio aspektams. Oponuodamas šio teiginio aprašomajai prasmei jis pateikia keletą priešingų pavyzdžių. Šie sumanyti parodyti, kad bent jau amerikiečių teisėjai sprendimus sunkiosiose bylose dažnai priima remdamiesi politinės nuostatos argumentais. Jis baiminasi, kad mėginsiu išsisukti nuo šių priešingų pavyzdžių savo „išmoningu" argumentu, kuris parodytų, jog tai, kas šiose bylose atrodo kaip politinės nuostatos argumentai, iš tikrųjų, jei deramai juos suprantame, yra principo argumentai. Tačiau jis mane įspėja, kad jeigu man ir pavyktų taip apsiginti, aš tai padaryčiau tik panaikindamas skirtumus tarp dviejų rūšių argumentų arba kaip kitaip savo pagrindinį teiginį paversdamas trivialiu. Taip pat – nepriklausomai nuo šio kontrargumento – jis kvestionuoja mano teiginį, kad teisėjai sunkiosiose bylose turėtų naudoti principo argumentus ir vengti politinės nuostatos argumentų. Būtent šį normatyvinį teiginį, kaip aš jį suprantu, jis laiko esant pagrįstą „politine teorija, kuri yra stulbinamai paprasta ir klaidinama"[1]. Greenawaltas mano, jog bent jau kai kuriais atvejais, – kai šalių teisės yra prieštaringos, – visiškai derama ir naudinga, kad teisėjai kuria naują teisę, pateisinamą vien tik politinės nuostatos argumentų, nors ir privalo retrospektyviai taikyti tą naująją teisę praeities įvykių pasekmėms teisiškai įvertinti.

Kas yra principo argumentai ir kas yra politinės nuostatos argumentai ir kuo jie skiriasi? Principo argumentai siekia pateisinti politinį sprendimą, kuris teikia naudą kokiam nors asmeniui ar grupei, parodydami, kad tas asmuo ar grupė turi teisę į tą naudą. Politinės nuostatos argumentai siekia pateisinti sprendimą, parodydami, jog nepaisant to, kad tie, kurie turi naudos, neturi teisės į tą naudą, naudos suteikimas lems pažangą siekiant politinės bendruomenės kolektyvinio tikslo. Svarbu šios perskyros – tarp principo ir politinės

[1] Greenawalt, „Policy, Rights and Judicial Decision", 11 *Ga. L. Rev.* 991, 992 (1977).

nuostatos argumentų – nepainioti su kita perskyra, būtent perskyra tarp konsekvencialistinių ir nekonsekvencialistinių teisių teorijų.

Imkime paradigminę žalos visuomenei problemą. *A* nuosavybė ribojasi su *B* nuosavybe; savo valdose *B* turi fabriką, kurio sukeliama tarša trukdo *A* naudotis savo nuosavybe. Tarkime, jog *A* kreipiasi į įstatymų leidėją reikalaudamas įstatymo, draudžiančio tokiems asmenims kaip *B* teršti aplinką taip, kaip daro *B*, bent jau jeigu tokie kaip *A*, nesutinka. *A* gali pateikti du skirtingus argumentus, pagrindžiančius jo reikalavimą. Jis galėtų sakyti, kad, atsižvelgiant į viską, jis turi teisę naudotis savo nuosavybe, nežalojama tokios taršos. Tai būtų principo argumentas, argumentas, apeliuojantis į teises kaip politinio sprendimo, kuris tvirtina arba saugo tas teises, pateisinimą. Arba jis galėtų sakyti, kad bendruomenei kaip visumai būtų geriau, jeigu tokia veikla kaip *B* būtų uždrausta (nes būtų grynesnis oras) ar bent jau privalėtų gauti sutikimą tų, kurie yra tos veiklos tiesiogiai veikiami. Šitai būtų politinės nuostatos argumentas, argumentas, apeliuojantis į kokį nors kolektyvinį bendruomenės tikslą, siekiant pateisinti politinį sprendimą, kuris lemia progresą to tikslo link arba gina tą tikslą.

Tarkime, jog *A* pateikia principo teiginį, jog jis turi teisę į tai, kad *B* nenaudotų savo nuosavybės tokiu būdu, kuriuo jis ją naudoja, ir yra paprašomas šį teiginį apginti. *A* galėtų savo argumento niekaip nesieti su jokia apeliacija į tai, kokių padarinių sukeltų *B* ir toliau turėdamas laisvę teršti orą. Pavyzdžiui, jis galėtų sakyti, kad žmonės, kurie perka nuosavybę minimoje vietovėje, tai daro suvokdami, kad jie čia galės kvėpuoti visiškai neužterštu oru, ir kad jo teisė kyla vien iš to bendro supratimo. Tačiau *A* galėtų pateikti ir svarbesnį argumentą. Pavyzdžiui, jis galėtų pasakyti, kad oro tarša sužalos jo ir jo šeimos sveikatą ir kad jo teisė kyla iš to, jog *B* veiksmai kelia grėsmę ypač svarbiam gyvybiniam interesui, į kurio apsaugą kaip visuomenės narys *A* turi teisę. *A* šiuo būdu remiasi *B* veiksmo pasekmėmis kaip argumentu, jog *A* turi teisę į tai, kad ta veikla nebūtų vykdoma. Šis padariniais grindžiamas teiginys, žinoma, nepaverčia jo pradinio argumento politinės nuostatos argumentu. Jeigu manytume, kad pa-

verčia, – klystume, nes manytume, jog kadangi politinės nuostatos argumentai kreipia mūsų dėmesį į tai, ar turime, ar neturime tam tikrą normą, bet koks argumentas, kreipiantis mūsų dėmesį į pasekmes, turi būti politinės nuostatos argumentas.

Debatuose dėl teisių svarbių argumentų gali pateikti ne tik konkrečios teisės šalininkas, bet ir ją ginčijantis. Tarkime, jog *B* ginčija įstatymų leidėjo *A* principo argumentus. *B* gali atsiliepti į tuos argumentus tiesiai, pavyzdžiui, neigdamas, jog šio bendruomenės sluoksnio žmonės, kurie perka žemę, tikisi galėsią kontroliuoti oro kokybę, arba paneigdamas, kad tarša iš tikrųjų kelia grėsmę *A* arba jo šeimos sveikatai. Arba jis gali pamėginti pagrįsti konkuruojančią savo paties teisę, svaresnę už tą, kurią pagrindė *A*, kad galėtų laimėti šitaip grindžiamų teisių konfliktą. Tam tikslui jis galėtų savo ruožtu naudoti nekonsekvencialistinius arba konsekvencialistinius argumentus. Jis galėtų sakyti,– nekonsekvencialistiškai, – kad visi perkantieji žemę šioje vietovėje supranta, jog jie gali statyti fabrikus arba naudoti tą žemę komercijai pačiu pelningiausiu būdu, be jokio kaimynų leidimo ir jų nekliudomi. Arba jis galėtų pasakyti, – labiau konsekvencialistiškai, – kad jeigu jam nėra leista teršti aplinką, dėl kurios taršos skundžiasi *A*, tai jis negalės plėtoti savo verslo pelningai ir turės bankrutuoti, o to pasekmės jam bus blogesnės negu tos, kurias kęs *A*, jeigu ir toliau bus teršiama. Šis atsižvelgimas į reliatyvios *A* teisės pretenzijos priėmimo arba atmetimo padarinius ir vėl pateikiama kaip principo argumento dalis. Šiuo atveju argumentas daro prielaidą, kad *B* turi kokią nors konkuruojančią abstrakčią teisę, ir remiasi padariniais parodyti, jog konkuruojanti teisė esamomis aplinkybėmis yra svaresnė, tad *A* iš tikrųjų neturi konkrečios teisės, į kurią jis reiškia pretenziją, reikalaudamas įstatymo. Jeigu tokiu konsekvencialistiniu argumentu *B* tikrai įtikina įstatymų leidėją neleisti tokio įstatymo, tai nereiškia, kad įstatymų leidėjo sprendimą nulėmė politinės nuostatos argumentai. Įstatymų leidėjas neatsisakė išleisti įstatymo, pavyzdžiui, kaip strateginio žingsnio pakeliant bendrą ekonominį našumą; o atsisakė būtent dėl to, kad buvo įtikintas, jog *B* turi, o *A* neturi teisės, kurią kiekvienas iš jų sakė turįs.

Tačiau *B* gali pateikti kitokį, negatyvų konsekvencialistinį argumentą, skirtą paneigti *A* teisės pretenzijai, nesiremdamas, kitaip nei ką tik aprašytieji argumentai, idėja, kad *B* turi stipresnę konkuruojančią teisę. *B* gali pasakyti, pavyzdžiui, kad niekas neturi teisės būti saugomas nuo viešosios žalos, jeigu tos apsaugos kaina bendruomenės ekonominės sveikatos požiūriu būtų labai didelė, o tuomet gali pridurti, jog kadangi jo fabrikas samdo daugumą bendruomenės dirbančiųjų narių, tos apsaugos, taikomos *A*, kaina būtų akivaizdžiai per didelė. Tarkime, jog įstatymų leidėją šis argumentas įtikina ir jis atsisako išleisti įstatymą, kurio nurodytuoju pagrindu nori *A*. Dabar gali kilti stipresnė pagunda pasakyti, kad įstatymų leidėjo sprendimas buvo politinės nuostatos, o ne principo dalykas, tačiau tai vis vien bus klaida. Klausimas įstatymų leidėjui vis dar tebėra klausimas ar, atsižvelgiant į visas aplinkybes, *A* turi teisę, į kurią jis reiškia pretenziją. Jeigu įstatymų leidėjas įtikinamas, kad atsakymas į tą klausimą priklauso nuo kokio nors padarinių apskaičiavimo, šitai nepakeičia klausimo, į kurį ji mėgina atsakyti, esmės. Jis nusprendžia, kad *A* neturi teisės į įstatymą, ir šitaip atmeta minėtą priežastį išleisti įstatymą. Žinoma, įstatymų leidėjas būtų galėjęs pageidauti apsvarstyti, ar, net nesant *A* teisės į tą įstatymą, nebuvo gerų politinės nuostatos pagrindų išleisti įstatymą. Tuo atveju *B* argumentai būtų vykdę dvigubą užduotį: jie būtų atmetę *A* pretenziją į teisę į įstatymą, taip pat atmetę nepriklausomus politinės nuostatos argumentus,– jeigu tokių būtų buvę,– jog įstatymas buvo pageidautinas, net jeigu į jį teisės *A* neturėjo. Tuo atveju įstatymų leidėjas bus nusprendęs dvejopai: pirma, principo pagrindais, – jog *A* neturi teisės į tai, ko jis reikalauja, ir, antra, politinės nuostatos pagrindais, – jog tai, ko jis reikalauja, bendruomenės tikslų požiūriu būtų žalinga, o ne naudinga.

Tuomet skirtumas tarp principo argumento ir politinės nuostatos argumento yra skirtumas tarp dviejų rūšių klausimų, kuriuos gali sau iškelti politinė institucija, o ne skirtumas tarp skirtingos rūšies faktų, kurie gali vyrauti atsakyme. Jeigu argumentu norima atsakyti į klausimą, turi ar neturi kuri nors šalis teisę į politinį aktą ar sprendimą, tai argumentas yra principo argumentas, nors šis argumentas

ir yra radikaliai konsekvencialistiškas savo detalėmis. Žinoma, principo argumento kritikas gali norėti pasakyti, jog tai yra blogas principo argumentas vien dėl to, kad apeliuoja į pasekmes taip, kaip jis tai daro. Tarkime, jog įstatymų leidėjas nusprendžia, kad *A* neturi teisės į įstatymą, nes *B* įrodė, jog fabrikų pertvarkymo, siekiant sumažinti taršą, kaina, nors ekonomiškai įmanoma, vis vien yra didesnė negu nekilnojamojo turto vertės smukimas, lemiamas dabartinio taršos lygiu. *A* gali protestuoti sakydamas, jog jo abstrakti teisė naudotis savo nuosavybe laisvai nuo grėsmių sveikatai yra pernelyg svarbi, kad šiuo atveju užleistų pozicijas tokiam vien tik ribinių išlaidų apskaičiavimui. Jis galėtų pridurti (kaip pridurčiau aš), kad pripažinti tokios rūšies pagrindimą kaip pagrindą atsisakyti pripažinti konkrečią politinę teisę, – reiškia neigti, jog apskritai egzistuoja kokia nors abstrakti politinė teisė, taigi ir teigti, kad nenuoseklu pripažinti abstrakčią teisę, bet atsisakyti ją įgyvendinti tokioje byloje. Tačiau tai tiesiog skirtingi būdai pasakyti, kad įstatymų leidėjas padarė principinę klaidą: abstrakčios teisės nepakankamo įvertinimo klaidą arba tą klaidą, jog apskritai atsisakė pripažinti abstrakčią teisę. Įstatymų leidėjas galėtų atsakyti, kad klaida yra ne jo, bet kritiko; tad šitaip iškeltas klausimas yra principo, o ne politinės nuostatos klausimas.

Kaip istorijos požiūriu turime nusakyti, ar tam tikras politinis sprendimas buvo priimtas principo ar politinės nuostatos pagrindais? Tai gali nebūti paprasta. Tarkime, jog kaip pavyzdžius paimame keletą devyniolikto amžiaus pradžios pakrantės ruožo savininkų teisių bylų, kurias savo įdomioje knygoje analizuoja profesorius Horwitzas[1]. Jeigu du žmonės arba firmos yra žemės savininkai, vienas aukštupyje, kitas žemupyje, prie galimos užtvenkti upės, kiekvienas iš jų gali norėti naudoti vandenį taip, kad būtų nenaudinga kitam. Horwitzas mano, kad Masačiūsetso ir kitų valstijų teismų laikysena šiose bylose skirtingu metu buvo skirtinga. Vienu metu jie neleido vienam savininkui daryti beveik nieko, kas galėtų pakenkti kito ateičiai, nepriklausomai nuo to, kiek šitaip varžoma veikla buvo

[1] M. Horwitz, *The Transformation of American Law* (1977), Harvard University Press.

būtina ar naudinga pirmajam savininkui ar bendruomenei apskritai. Kitu laikotarpiu jie taikė tinkamumo testą: buvo keliamas klausimas dėl nuostolių atsakovui, jeigu jis negalėtų naudotis savo žeme taip, kaip nori, balanso ieškovo nuostolio atžvilgiu, jeigu tas būtų galėjęs naudotis taip, kaip pats nori. Dar kitu laikotarpiu teismai praktikavo kitą kraštutinumą: vienas savininkas galėtų naudoti vandenį bet kuriuo būdu, kuriuo nori ir kuris jam yra naudingas, nes vanduo teka per jo žemę, kad ir kokį didelį poveikį šitai darytų jo kaimynui. Horwitzas teigia, jog kiekvienu iš šių laikotarpių praktika, dėl kurios buvo sutarta, lėmė kapitalistinės industrijos ekspansiją; teisinių normų pokyčiai palaikė būdą, kuriuo vanduo gali prisidėti prie kuo pelningiausio žemės naudojimo, pokyčių. Keliose pavyzdinėse bylose, kuriose teisės normos buvo pakeistos, teismas pateikė konsekvencialistinius savo sprendimų pateisinimus. Dažnai šios pasekmės pirmiausia buvo pasekmės ieškovui ir atsakovui, taip pat tiems, kurių situacija panaši, tačiau kai kuriais atvejais būta aiškios nuorodos į bendresnius bendruomenės kaip visumos ekonominius interesus.

Apie šias bylas mes galime papasakoti dvi labai skirtingas istorijas. Pirmoji – istorija apie politinę strategiją. Devyniolikto amžiaus pradžioje teisėjai pasinaudojo privataus bylinėjimosi teikiama proga išplėtoti tekančio vandens šaltinių valdymo galios paskirstymo normas, kurios geriau negu kitos normos skatintų kolektyvinį kapitalistinės ekonomikos plėtros ir tvirtinimo tikslą. Pasikeitus ekonominei praktikai ir aplinkybėms, šie teisėjai pakeitė normas, kad išlaikytų pažangos spartą. Be abejo, teisėjai buvo pasirengę pripažinti, kad kiekvienas žemės savininkas turi tam tikrų savo žemės naudojimo teisių, kurias keisdami tik dėl tos politinės nuostatos teisėjai būtų neteisūs. Pavyzdžiui, jiems nė mintis nebūtų kilusi nustatyti normą, draudžiančią žemės savininkams naudoti savo žemę ekonomiškai neefektyviais būdais, jei jie pageidauja, arba leidžiančią efektyviau naudojančiajam savo žemę pasikėsinti į ne taip efektyviai naudojančiojo žemę. Tačiau jie nesuvokė *sunkiųjų* bylų dėl vandens kaip bylų, reikalaujančių tiksliau išaiškinti konkrečių žemės savininkų ir kaimynų teises, kai abstrakčios teisės atrodo konfliktuojančios. Priešingai, jie

neatsižvelgė į idėjas apie esamas juridines šalių kaip individų teises – lygiai taip pat galėtų daryti įstatymų leidėjas, kai keičia teisinį režimą komerciniais interesais.

Antroji istorija – tai istorija apie principus. Teisėjai suprato šias bylas kaip sunkiąsias bylas dėl konkrečių kaimynų teisių besikeičiančių ekonominių sąlygų aplinkybėmis. Jie darė prielaidą – ko gero, be didelių apmąstymų, – jog apibrėžiant bent jau nekilnojamojo turto naudojimo teises svarbų vaidmenį bus vaidinę šių teisių pripažinimo pasekmių svarstymai. Jie laikėsi tos prielaidos kaip dalies to, kas būtų vadinama, jei būtų aiškiai išreikšta, jų politine teorija. Jie būtų sakę, jei būtų buvę paprašyti aprašyti bendrąją situaciją pamatiniais moralės terminais, jog nors Jūs turite abstrakčią teisę kaip tinkamas naudoti savo nuosavybę, nebūsite teisus naudodamas savo nuosavybę taip, kad neleistumėte savo kaimynams naudotis tokiomis pačiomis teisėmis jų nuosavybės atžvilgiu; tačiau kad, kita vertus, nėra teisinga, jei vienas žemės savininkas tikisi, jog kiti susilaikys nuo naudingo savo žemės eksploatavimo, kad leistų jam patenkinti savo poreikį socialiai mažiau vertingam savo žemės eksploatavimui. Jie būtų galėję teigti – protingai arba neprotingai, – kad šis labai apytikslis ir abstraktus moralinių konkuruojančių žemės savininkų teisių nusakymas teikia geriausią teisės *(law)* – tokios, kokią jie aptiko, – pateisinimą (skyriaus „Sunkiosios bylos“[1] požiūriu), o tada pradėti kurti kuo geresnes teisės normas, reguliuojančias pakrantės ruožo nuosavybės panaudą, normas, kurios kuo tiksliausiai deklaruotų ir kuo efektyviausiai gintų konkrečias teises, kylančias iš tos analizės galiojančių ekonominių sąlygų. Žinoma, šioms aplinkybėms pasikeitus – pagal tą analizę – pasikeičia ir konkrečios teisės, ir prireiktų naujų, seniems principams ištikimų normų. Tai, kad šie teisėjai laikėsi konsekvencialistinio požiūrio į konkrečių žemės naudojimo teisių mastą, nereiškia, kad jie laikėsi panašios konsekvencialistinės teorijos apie kitų rūšių teises. Pavyzdžiui, jie galėjo kitaip suvokti teises, kurios turi būti ginamos nuo fizinio įsibrovimo į asmens nuosavybę ar

[1] Žr. 4-ą šios knygos skyrių.

paties asmens fizinio sužeidimo. Tuomet būtų teisinga ir išties būtina paklausti, kodėl jie kitaip žiūrėjo į pakrantės ruožo panaudą arba į žalą visuomenei, arba į bet kurį kitą dalyką, kuriam taikė savo konsekvencialistinę teoriją. Tačiau atsakymą galima būtų surasti kokioje nors nuomonėje, tarkime, kad su nuosavybe susijusios teisės yra ne tokios asmeniškos savo kilme arba kokiame nors kitame daugiau ar mažiau suformuluotos politinės teorijos bruože.

Kaip mes turime pasirinkti iš šių dviejų istorijų? Kai kurie kritikai norės teigti, kad šios dvi istorijos tėra skirtingi būdai pasakyti tą patį dalyką, arba kad tai, ką mes pasirenkame kaip bendrą teisėjavimo aprašymą, negali lemti jokio praktinio skirtumo. Aš greitai prieisiu prie šio kaltinimo; tačiau jeigu mes akimirką tariame, kad tos dvi istorijos yra skirtingos, tai gali nebūti paprasta nuspręsti, kuriai reikia teikti pirmenybę kaip konkrečių svarstomų teisinių sprendimų aprašymui. Tačiau tikiuosi, jog yra aišku, kad rėmimasis pasekmėmis, būdingas teisėjų nuomonėms, nėra vienareikšmiškai palankus politinės nuostatos istorijai arba netgi nėra bandomoji tezė. Ji būtų bandomoji tik tuo atveju, jeigu būtų neįtikima manyti, jog teisėjai galėjo išpažinti konsekvencialistinę nekilnojamojo turto teisių teoriją. Aš tikiuosi, jog yra aišku ir tai, kad Horwitzo argumentas, jog teisėjų plėtojamos normos iš tikrųjų esančios normos, geriausiai tinkamos skatinti kapitalistinės ekonomikos plėtrą, dera su bet kuria iš dviejų istorijų. Jeigu teisėjai būtų sukūrę tas pačias normas, tačiau be jokios nuorodos į skirtingo žemės panaudos leidimo ar draudimo pasekmes, tai Horwitzo teiginiai paremtų tai, ką „Sunkiosiose bylose" pavadinau antropologine teze – pagal ją bendruomenės nariai išplėtos teisių teoriją, kuri iš tikrųjų skatina bendrą klestėjimą, kaip jie tai supranta. Šie teiginiai neprieštarautų kitokiai tezei, anot kurios, teisėjai, priimdami savo sprendimus, mano įgyvendinantys teises. Tokius teiginius gali neutralizuoti tolesnė tezė, jog teisėjai mano įgyvendiną teises pagal teoriją, kuri pasekmes prilygina teisėms. Iš tiesų Horwitzo argumentai yra sumanyti paremti tam, ką galima pavadinti neomarksistine antropologinės tezės versija. Ši versija teigia, kad dominuojančios klasės išplėtos teisių teoriją, kuri veiks ne

bendruomenės kaip visumos naudai, kaip galėtų manyti labiau sangviniški antropologai, o tik jų klasės naudai. Jeigu taip yra, tai šitai yra svarbi tiesa tiek istorijai, tiek politikai, tačiau ji neprieštarauja principo istorijai, bet, žinoma, patikslina vertinamąsias ar normatyvines išvadas (kad ir kokios jos būtų), kurios gali būti išvestos iš tos istorijos.

Bet visa tai pasakytina apie samprotavimus, kurie negalioja renkantis iš mūsų dviejų istorijų. Kokie samprotavimai galioja? Turime nepamiršti, kad nors renkamės iš dviejų konkuruojančių aprašymų to, būtent ką teisėjai *darė*, vieno arba kito aprašymo sėkmė priklauso nuo dalykų, kurie tiems teisėjams yra to, ką jie *turi* daryti, reikalas. Aš neketinu teigti, kad šie teisėjai (arba netgi šiuolaikiniai teisėjai apskritai) yra supratę mūsų perskyrą tarp principo argumentų ir politinės nuostatos argumentų ir sąmoningai stengiasi prieiti sprendimus, kuriuos jie apibūdintų tos perskyros kalba kaip tuos arba kitus. Priešingai: nors ta perskyra tikrai nėra nauja nei politinėje nei teisės filosofijoje, ji niekuomet nebuvo pagrindinis jurisprudencijos elementas. Veikiau noriu pasakyti, kad geriausias metodas renkantis iš mūsų dviejų apibūdinimų yra paklausti, kuri geriau dera su politinėmis ir moralinėmis teorijomis, galimas įtikinamai priskirti tiems, kurių praktiką mėginame aprašyti.

Pavyzdžiui, principo istorija būtų neįtikinama, jeigu yra neįtikima manyti, kad teisėjai laikėsi konsekvencialistinės pažiūros į tai, ko vienas žemės savininkas gali teisingai tikėtis iš kito žemės savininko. Tačiau, tiesą sakant, nėra įtikima teigti, jog jie tos konsekvencialistinės pažiūros *nesilaikė* – neįtikima dėl to, kad ji per amžius buvo konvencinės moralės dalis ir Britanijoje, ir Jungtinėse Valstijose. Žmonės tiki, kad žemės nuosavybė neatsiejama nuo tam tikrų teisių, tiek norėdami nusakyti, ką galima daryti toje žemėje, tiek ir norėdami būti netrukdomi, susijusio su gretima žeme; jie supranta, jog šios dvi teisių rūšys gali konfliktuoti, ir nemano, kad tuo atveju nė vienas iš dviejų kaimynų apskritai neturi jokių moralinių teisių kito atžvilgiu arba kad vienos rūšies teisės visuomet yra suverenios kitų atžvilgiu. Jie veikiau tiki, kad tokiais atvejais viena šalis turi tai, ką galima

pavadinti „didesne" teise, kuri, mano supratimu, reiškia, jog tomis aplinkybėmis viena šalis turi konkrečią teisę ir kad pasekmės – ne tik tiems dviem kaimynams, bet ir visuomenei apskritai, – yra svarbios sprendžiant, kuris ją turi. Šie konsekvencialistiniai aspektai to, ko žemės savininkas gali protingai tikėtis, iš tiesų yra supainioti su kitais, nekonsekvencialistiniais aspektais, tokiais kaip klausimas, kuris iš dviejų konfliktuojančių žemės naudojimo būdų buvo pirmesnis, arba, kaip šiandieninių prieštaravimų dėl Konkordo leidimosi teisių *(landing rights)* atveju, kuris yra „natūralesnis" arba kuriam teiktina pirmenybė politinės moralės pagrindu ir kuris yra nekonsekvencialistinis. Populiarioji teorija remiasi visais šiais ir kitais samprotavimais spręsdama, ko teisingumas reikalauja tokiais atvejais, ir paprasti vyrai ir moterys įvairiais atvejais nesutaria dėl teisingo sprendimo, nors jie retai neteikia apskritai jokio vaidmens samprotavimams apie pasekmes. Principo istorija suponuoja tik tai, kad teisėjai, laikydamiesi tos pačios bendros pažiūros teisingumo klausimais ir remdamiesi pasekmėmis, akcentus sudėlioja taip, kad tai skiriasi dėl teisėjų įvairovės ir laikotarpių skirtingumo, kaip kad tai skiriasi skirtingų asmenų kasdieniame gyvenime. Socialinis antropologas gali atkakliai tvirtinti, kad šios teisingumo teorijos kyla iš kokio nors bendruomeniško poreikio suvokimo, o ne tarpininkaujant kokiems nors abstraktesniems moralės principams; arba, jeigu jis teikia pirmenybę marksistinei interpretacijai, – kad jos yra klasinio savo intereso suvokimo rezultatas. Tačiau šios skirtingos antropologinės tezės versijos patvirtina, o ne ginčija principo istoriją.

B. Kontrpavyzdžiai

Aš nenoriu plėtoti istorinio klausimo, ar Horwitzo teisėjai pakrantės žemės panaudos bylas sprendė principo ar politinės nuostatos pagrindu, nors, žinoma, manau, kad jie sprendė principo pagrindu. Vietoj to noriu panaudoti faktines šių bylų aplinkybes sprendžiant vieną sudėtingą uždavinį. Nevengdamas detalių išskirsiu moralinį, politinį ir teisminį *(judicial)* klausimus kaip atskirus klausimus, kurių galima paklausti apie tas aplinkybes. *A* ir *B* yra gretimų žemės

plotų savininkai; upė teka per abu sklypus, *A* žemė yra aukštupyje, *B* – žemupyje. *A* pasiūlo užtvenkti upę, norėdamas drėkinti savo žemę arba tiekti energiją savo fabrikui, arba turėdamas kokį kitą tikslą; tačiau tai smarkiai sumažins upės naudingumą *B* tų pačių ar kitų tikslų požiūriu.

(1) Pirma, čia susiduriama su tiesioginiu klausimu dėl moralinio teisingumo. Jeigu nėra aiškios teisės, draudžiančios *A* užtvenkti upę, ar *B* vis tiek turi teisę (galime ją pavadinti „moraline" teise) į tai, kad *A* nesutrukdytų *B* naudotis žeme šiuo būdu? Jeigu *B* neturi tokios teisės į tai, kad *A* neužtvenktų srovės, ar *B* turi teisę į tai, kad *A* atlygintų bet kokį nuostolį, kurį *B* patiria dėl to, kad upės vertė *B* žemėje sumažėja? Jeigu *B* neturi teisės į tai, kad *A* neužtvenktų upės, ir teisės, kad *A* atlygintų jam nuostolį, ar jis bent jau turi teisę, jog *A* stengtųsi nepakenkti *B* interesams labiau negu tai būtina *A* interesams įgyvendinti? O gal *B* neturi nė vienos iš šių teisių, net moraliniu požiūriu, ir todėl *A* yra visiškai laisvas, tiek morališkai, tiek teisiškai, naudoti savo žemę bet kuriuo būdu, kuriuo jis pageidauja, palikdamas *B* pačiam pasirūpinti savimi pagal galimybes? Juk *B* įsigijo žemę žemupyje ir galbūt todėl už ją mažiau sumokėjo.

Aišku, kad žmonės skirtingai atsakys į šiuos privačios moralės klausimus ir kad tie skirtingi atsakymai atskleis didesnius ar abstraktesnius jų moralės arba giliųjų etinių teorijų skirtumus. Taip pat yra aišku, kaip ką tik pasakiau, kad tikėtina, jog tie, kurie yra apskritai nusiteikę mąstyti apie šiuos klausimus, atsižvelgs į pasekmes šalims ir net visuomenei kaip visumai. Pavyzdžiui, jie gali sakyti, jog nors iš principo asmuo turi teisę naudotis savo nuosavybės ištekliais, ta teisė negali būti tokia plati, kad apribotų socialinę naudą bendruomenei kaip visumai, nes tai reikštų, jog privati nuosavybė naudojama kaip priemonė laikyti bendruomenę įkaitu.

(Kalbu apie tai, ką manytų „daugelis žmonių", nes man labai rūpi atskirti klausimą, ar yra pagrįsta kieno nors pateikiamu argumentu, kurį jis ar ji supranta kaip argumentą savo teisių naudai, atsieti nuo kito klausimo – klausimo, ar tai yra iš tikrųjų geras ar-

gumentas teisių naudai. Kaip pamatysime, pirmasis klausimas yra esminis, kai klausiame, ar konkretus teisėjo sprendimas yra pavyzdys, priešingas aprašomajam teisių tezės aspektui. Antrasis klausimas yra svarbesnis, kai mums rūpi patikrinti normatyvinį teisių tezės aspektą (taigi ir rūpi suprasti, kokie sprendimai pagal tą tezę bus iš tikrųjų teisingi sprendimai). Svarbūs tampa abu klausimai, kai svarstome, ar teisių tezė yra triviali arba (kaip kai kas pasakytų) daug kuklesnė, negu ji gali atrodyti iš išorės. Kai sakau, jog yra tikėtina, kad daugelis žmonių teiks pasekmėms svarbų vaidmenį savo tam tikrų teisių teorijose, – o tai yra argumentas, palankus pirmajam klausimui, – aš nei teigiu, nei neigiu, kad tai darydami jie yra teisūs – apskritai arba tų konkrečių teisių atveju.)

(2) Dabar prieiname kitą klausimą: ar įstatymų leidėjas pasielgtų deramai priimdamas įstatymą, kuris arba (a) teikia žemupio sklypo savininkams juridinę teisę naudotis užtvanka aukštupyje, arba juridinę teisę į nuostolių atlyginimą, jeigu tokia užtvanka yra pastatoma, arba kokią nors sudėtingesnę teisę, pavyzdžiui, grindžiamą tuo, jog, atsižvelgiant į visas aplinkybes, tokios užtvankos yra reikalingos, arba (b) numato, jog žemupio sklypo savininkas neturi jokios tokio pobūdžio teisės, taip panaikindamas bet kokį ankstesnį įstatymą ar teisminį precedentą tokį kaip (a). Tarkime, jog teisės kūrėjas į pirmąją mūsų klausimų grupę (1-as poskirsnis) atsako nuspręsdamas, kad *B* turi moralinę teisę į apsaugą, kurią teiktų įstatymas (a). Toks sprendimas pateikia principinį argumentą balsavimo už tą įstatymą naudai. Taip pat jis gali manyti, kad įstatymas (a) skatins kokį nors bendruomeninį tikslą; išties, jeigu jo nuomonės, jog *B* turi teisę, pagrindimas yra labai konsekvencialistinis, esama tikimybės (nors tai nėra neišvengiama), kad teisės kūrėjas manys, jog įstatymas skatintų kokį nors bendrą tikslą. Jeigu taip, tai jis turės ir politinės nuostatos argumentą įstatymo naudai. Tačiau tai, jog tame argumente vyrauja tos pačios pasekmės kaip ir principo argumente, nereiškia, kad politinės nuostatos argumentas yra tas pats argumentas.

O dabar tarkime, kad jis į pirmąją klausimų grupę atsakė neigia-

mai: jis nemano, kad *B* turi teisę į tai, ką numato įstatymas (a). Tuo atveju jis neturi jokio principinio argumento įstatymo naudai, bet vis vien gali turėti politinės nuostatos argumentą. Jeigu taip, jis gali deramai pasielgti, balsuodamas už įstatymą ir sukurdamas juridinę teisę ten, kur neegzistavo jokia moralinė teisė, nes politinės nuostatos argumentas pats vienas būtų pakankamas pateisinimas. (Darau prielaidą, jog nors įstatymų kūrėjas mano, kad *A* yra moraliai laisvas užtvenkti upę, jis nemano, kad *A* turi politinę įstatyminę teisę tai daryti; t. y. jis nemano, jog *A* turi politinę teisę į tai, kad nebūtų išleistas joks įstatymas, draudžiantis jam tą daryti.)

Tarkime, jog siūlomasis įstatymas yra įstatymas (b), kuris neigia, o ne patvirtina *B* teisę, ir tarkime, kad mūsų įstatymų leidėjas mano, jog esama svarių politinės nuostatos motyvų balsuoti už *tą* įstatymą. Jeigu į pirmą klausimų grupę jis atsakė neigiamai, tai to atsakymo pavidalu jis turi negatyvų principo argumentą. *B* šalininkai gali teigti, jog kadangi *B* turi teisę į tai, ką įstatymas (b) neigia, neteisinga balsuoti už įstatymą (b) vien tik politinės nuostatos pagrindu. Tam tikslui mūsų įstatymų kūrėjas išdėsto savo principo argumentą, jog *B* neturi tokios moralinės teisės, o tada paremia savo teigiamą balsavimą už įstatymą politinės nuostatos pagrindais. Tačiau jeigu į pirmuosius klausimus jis atsakė teigiamai, tai jis turi principo argumentą prieš įstatymą (b), jei mano, kad tos rūšies moralinės teisės teikia politines įstatymines teises, t. y. teises į tai, kad įstatymų leidėjas remtų moralines teises. Jeigu jis taip nemano (visai galimas dalykas, kad jis taip nemanys), tai jis taip pat nemanys, kad turi principo argumentą prieš įstatymą, ir manys esant derama balsuoti už tą įstatymą politinės nuostatos pagrindu.

(3) Tarkime, jog klausimas, kurį iškėlė *A* elgesys, nebuvo pateiktas įstatymų leidėjui ir kad nėra tokio įstatymo kaip (a) arba (b). Taip pat tarkime, kad nėra aiškaus teisės precedento, turinčio tokią galią, kokią turėtų kiekvienas iš tų dviejų įstatymų. Dabar *B* pareiškia ieškinį prieš *A*, reikalaudamas arba įsakomojo potvarkio, arba žalos atlyginimo, arba kokių nors dar sudėtingesnių teisių gynimo prie-

monių. Tai sudėtinga byla. Tarkime, teisėjas pateikė teigiamą atsakymą į anksčiau aprašytuosius teisingumo klausimus, – jis mano, kad *B*, trumpai tariant, turi moralinę teisę į tai, ko jis prašo. Taip pat tarkime, jog teisėjas laikosi tokios pažiūros į precedentus, kad prieš tai iškeltas klausimas – *B* moralinių teisių *A* atžvilgiu klausimas – bus lemiamas *B* juridinėms teisėms. (Viliuosi, jog bendresni „Sunkiųjų bylų" argumentai išaiškina, kokiomis aplinkybėmis mūsų teisėjas galėtų manyti, kad moralinis klausimas turi tą lemtingą reikšmę teisiniam klausimui.) Jeigu teisėjas į moralinį klausimą atsako teigiamai ir mano, kad *B*, atsižvelgiant į visas aplinkybes, turi moralinę teisę būtent į tokį teisių gynimą, kurio jis siekia teisme, tai jis manys, kad *B* turi į tai taip pat ir juridinę teisę. Tuomet teisėjas turi principo argumentą nuspręsti *B* naudai, taip pat principo argumentą paskelbti naują normą, palankią tiems, kurie ateityje bus *B* pozicijoje. Jis taip pat gali turėti politinės nuostatos argumentą kaip galimą argumentą už tą normą taikyti ateityje. Išties, jeigu jo argumentas moralinės teisės naudai yra labai konsekvencialistinis, tai (kaip įstatymų kūrėjo tokioje pačioje pozicijoje atveju) tos pačios pasekmės beveik neišvengiamai teiks politinės nuostatos argumentą. Tačiau šiedu argumentai nėra tas pats argumentas, ir tikroje byloje tik principo argumentas bus esminis argumentas nuspręsti *B* naudai.

Tačiau tarkime, kad jis turi politinės nuostatos argumentą *priešingos* normos (b), kaip normos ateičiai, naudai. Tai neatrodo tikėtina, tačiau įmanoma, ypač jeigu jo principo argumentas *B* moralinės teisės naudai labai rėmėsi nekonsekvencialistiniais veiksniais. Jeigu teisėjas paskelbia normą (b) kaip normą ateičiai ir taiko tą normą kaip argumentuotą prieš *B* svarstomoje byloje, tai aišku, kad jo sprendimas yra nulemtas politinės nuostatos argumento, kuris įveikė konkuruojantį principo argumentą. Šis sprendimas būtų pavyzdys priešingas teisių tezei. Tačiau atvejis neteiktų jokio priešingo pavyzdžio, jeigu teisėjas paskelbtų normą (b), kaip normą ateičiai, teisės pakeitimu, „galiojančiu tik ateities data", bet svarstomoje byloje būtų palankus *B*. Tačiau tokios rūšies sunkiojoje byloje tai išties labai mažai tikėtina.

Dabar tarkime, jog 1-ame poskirsnyje iškeltus klausimus teisėjas išsprendžia negatyviai – jis nemano, kad *B* turi moralinę teisę į tai, ko jis siekia teisme. Jis taip pat mano, kad šis sprendimas padeda tašką samprotavimuose dėl juridinės teisės, kaip ji buvo analizuojama „Sunkiosiose bylose“: taigi jis nesutinka, kad *B* turi juridinę teisę į teisines priemones, kurių siekia. Tuomet teisėjas turi negatyvų principo argumentą sprendimo *A* naudai ir normos (b) paskelbimo norma ateičiai naudai. Jeigu jo negatyvus principo argumentas labai remiasi konsekvencialistiniais samprotavimais, jis tikriausiai turės taip pat ir politinės nuostatos argumentą, galimą pateikti normos (b) kaip normos ateičiai naudai. Tačiau to politinės nuostatos argumento galimumas nereiškia, kad principo argumentas yra nepakankamas pateisinti jo sprendimui. Ieškovas reikalauja valstybės įsikišimo per teismo instanciją; tai pakankamas atsakymas ieškovui, nurodantis, kad jis neturi teisės į tai, ko siekia. Dabar tarkime, kad teisėjas turi politinės nuostatos argumentą normos ateičiai naudai (a) kaip normą ateičiai. Tai ir vėl yra įmanoma, ypač jeigu jo negatyvus principo argumentas prieš *B* teisės pretenziją menkai grindžiamas konsekvencialistiniais samprotavimais. Jeigu jis paskelbia normą (a) kaip normą ateičiai, o tada pritaiko tą normą svarstomajai bylai, taigi įgalina *B* gintis nuo *A*, tai sprendimas yra nulemtas politinės nuostatos argumento. Šis atvejis taip pat yra pavyzdys, priešingas teisių tezės atžvilgiu. (Tačiau taip ir vėl nėra, jeigu jo normos (a) parinkimas yra „galiojantis tik ateities data“.) Teismas nemano, kad yra įmanomas koks nors teisingumo argumentas paremti *B* pretenzijai, jog *A* buvo neteisus darydamas tai, ką darė, tačiau teismas vis vien panaudoja savo autoritetą suteikti *B* tai, ko jis reikalauja iš *A*.

Aš perspėjau, jog šis paaiškinimas bus sudėtingas, tačiau jis pasižymi bent jau ta vertybe, kad atskiria atvejus, kurie galėtų būti pavyzdžiai, priešingi teisių tezei. Tokių priešingų pavyzdžių turime ieškoti bylose, kuriose nuomonė grindžiama kokios nors rūšies konsekvencialistiniais argumentais, tačiau atrasime tik tam tikroje tokių bylų grupėje. Tai bus atvejai, kai (i) sprendimas yra palankus ieškovui, bet teismas nemano, kad, net atsižvelgiant į visas aplinkybes,

ieškovas turi moralinę teisę į tai, ko reikalauja ir kas jam yra suteikiama, arba kad principas, nusakantis tą teisę, sudaro geresnio nustatytosios teisės *(law)* pateisinimo dalį, arba (ii) sprendimas yra palankus atsakovui, tačiau teismas nemano ieškovą neturint juridinės teisės į tai, ko jis reikalauja. Jeigu tais atvejais, kai sprendimas yra palankus ieškovui, teismas akceptuoja, kad ieškovas turi moralinę teisę į tai, ko reikalauja, neįtikėtina, jog toks atvejis teiks pavyzdį, priešingą teisių tezei. Jis pasirodytų esąs priešingas pavyzdys, tik jeigu būtų priežasčių, dėl kurių ta moralinė teisė negalėtų būti laikoma taip pat ir juridine teise; tačiau jeigu kontekstą nušviečianti *(background)* teisinė medžiaga yra tokia, kad leidžia nuspręsti ieškovo naudai, tai ji vargu ar gali teikti pakankamai stiprų argumentą prieš moralinę teisę, kuris įgalintų nepripažinti to paties turinio juridinės teisės. Pavyzdžių, priešingų teisių tezei, žinoma, negali teikti tie atvejai, kai sprendimas palankus atsakovui, o teismas yra tos nuomonės, jog ieškovas neturi juridinės teisės į tai, ko reikalauja. Teisių tezė suponuoja, jog jeigu, bent jau paprastoje privačioje civilinėje veikloje, ieškovas neturi juridinės teisės į tai, ko reikalauja, tai šitai yra lemtingas principo argumentas už sprendimą atsakovo naudai.

Pripažįstu, jog gali būti sunku nuspręsti, ar teismas mano ar nemano, kad ieškovas turi kokios nors rūšies teisę, kai savo nuomonėje aiškiai nepasako, jog jam šis klausimas rūpi. Tai klausimas, kuriuo klausiama, ką galima pagrįstai priskirti teisėjams, moralinių pozicijų ar prielaidų požiūriu, nors patys teisėjai ir nevartoja tikslių terminų arba nedaro tikslių išskyrimų, kuriuos mes privalome naudoti atlikdami tą skirstymą. Šitai turi būti spekuliacijos objektas, tačiau, kaip matysime, esama tam tikrų bendrų principų, kuriais galėtume vadovautis, spręsdami, ar koks nors tokio pobūdžio skirstymas yra įtikinamas ar ne.

Dabar galime paklausti, kaip sekasi laikyti šį testą tariamiems Greenawalto priešingiems pavyzdžiams. Pirma jis ima porą hipotetiškų nerūpestingumo atvejų:

> Atsakovas *A*, rūpestingai vairuodamas automobilį, pamato priešais per kelią einant vaiką; jis staigiai pasuka, kad jo nekliudytų ir

rėžiasi į ieškovo pastatytą automobilį, nes toje situacijoje tai yra neišvengiama. Atsakovas *B*, taip pat rūpestingai vairuodamas, ant kelio pamato negyvą kiškį ir, negalėdamas prisiversti pervažiuoti negyvo padaro, ūmai pasuka ir jau neišvengiamai rėžiasi į ieškovo pastatytą automobilį. Atsakovas *A* nėra nerūpestingas vairuotojas, o atsakovas *B* yra nerūpestingas – ta prasme, kad gyvo vaiko gerovė padarė *A* posūkio veiksmą pagrįstą, o negyvo kiškio gerovė [!] nebuvo pakankama aplinkybė, kad *B* aktas būtų buvęs pagrįstas[1].

A byloje laimi atsakovas, tačiau būtų nepagrįsta hipotetiškam teismui priskirti pažiūrą, jog ieškovas turėjo bent jau moralinę teisę į tai, kad vaikas būtų užmuštas siekiant išvengti žalos ieškovo mašinai. Taigi šis atvejis negali būti priešingas pavyzdys. *B* byloje laimi ieškovas, tačiau yra nepagrįsta hipotetiškam teismui nepriskirti pažiūros, kad žmonės turi teisę į tai, jog jų vertinga nuosavybė nebūtų žalojama tiesiog dėl kito liguisto jautrumo. Taigi *B* atvejis taip pat negali būti priešingas pavyzdys.

Greenawaltas toliau imasi žalos visuomenei atvejų, tokių kaip tie, mano jau aptartieji.

Asmens, atokioje vietovėje pradedančio verslą, kuris negali neskleisti kenksmingų kvapų ir oro taršos, veiksmai gali būti visiškai pateisinami. Kol aplink gyvena nedaug žmonių, ir žala kiekvienam žemės savininkui nėra labai didelė, niekas negali turėti teisės į tai, kad verslas būtų sustabdytas. Tačiau jeigu, netgi dėl atsitiktinių ir nenumatomų priežasčių, vietovė tampa labai gausiai gyvenama, verslas gali tapti visuomenei žalingas, ir kiekvienas aplinkinių namų savininkas arba savivaldybė gali turėti teisę jį nutraukti, net jeigu kiekvienam jo poveikį patiriančiam asmeniui žalos padaroma ne daugiau, negu buvo padaryta gyvenantiems netoliese tuo metu, kai gyventojų buvo labai mažai. [...] Būtų per drąsu sakyti, kad nutraukimas teisiniu keliu *(manda-*

[1] Greenawalt, *op. cit.* („Policy" etc), 1012 (šauktukas mano).

tory abatement) [antruoju atveju] yra paprasčiausiai principo, reikalaujančio deramos pagarbos kitiems, taikymas[1].

Pirmuoju atveju, kai poveikį patirianti vietovė buvo nuošali, ieškovas pralaimi, tačiau atrodo nederama hipotetiniam teismui priskirti idėją, kad ir kokiu pavidalu, jog ieškovas turi konkrečią teisę į tai, kad fabriko savininkas liautųsi daręs tai, ką daro. Kiekviena šalis turi abstrakčią teisę savo žemę naudoti laisvai netrukdant kitiems, ir yra būtinas tam tikras šių teisių kompromisas. Atsakovas yra moraliai laisvas naudoti savo žemę taip, kaip jam atrodo geriausia, o visi kiti – lygūs. Moralinis klausimas yra tas, ar tokiomis aplinkybėmis kuris nors iš itin mažo skaičiaus žmonių, iš kurių kiekvieno patiriama priešpriešinė žala dėl išorinio poveikio yra mažesnė už tą, kurią patirtų atsakovas, jei būtų priverstas nutraukti savo veiklą, turi teisę į tai, kad atsakovas nenaudotų savo žemės oro teršalams leisti. Mūsų nuojauta, kad, atsakovui palankus sprendimas yra teisingas, – nuojauta kuria remiasi hipotetinis pavyzdys, – remiasi prielaida, jog mes į tą klausimą atsakytume neigiamai. Tačiau antruoju atveju moralinis klausimas yra visai kitas. Dabar atsakovas prieš bet kurio konkretaus ieškovo pretenziją turi raginti pripažinti moralinę laisvę naudoti jo žemę tuo būdu, kuris lemia skriaudą labai dideliam skaičiui žmonių. Jei šį klausimą traktuojame tik kaip moralinę pretenziją, jis yra kur kas mažiau patrauklus. Iš tiesų, svarbi konvencinės moralės dalis yra tai, kad tas, kuris rodo „deramą pagarbą kitiems", turi atsižvelgti į žmonių, patiriančių žalą dėl to, ką jis daro, skaičių, taip pat į kiekvieno patirsimos žalos mastą. Jeigu ta pati akcija, kuria siekiama tos pačios naudos sau, nuskriaudžia didesnį žmonių kiekį, net jei ir tuo pačiu laipsniu, tai nesiliaudamas jis reiškia mažiau pagarbos *kiekvienam* negu tuo atveju, kai patyrusiųjų skriaudą skaičius būtų mažesnis. Taigi net jeigu kiekvienas ieškovas antruoju atveju turėtų reikšti tik tą patį interesą, kurį ieškovas turėjo pirmuoju atveju, atsakovo moralinė laisvė – turint omenyje bendrąjį įsipareigojimą

[1] *Ibid.*, 1013 (išnaša mano).

savo kaimynus traktuoti su pagarba – yra kur kas mažesnė. Šiomis pakitusiomis aplinkybėmis galėtų atrodyti visiškai įtikinama tvirtinti, kad šiuo atveju iš kiekvieno ieškovo teisės į tą pagarbumo laipsnį kyla konkreti teisė į tai, kad visuomenei žalinga veikla būtų nutraukiama. Jeigu manome, kad sprendimas antruoju atveju yra teisingas, tai būtent dėl to, jog nuojauta mums sako, kad ta teisė iš tiesų egzistuoja.

Greenawalto žalos visuomenei atvejų aptarimas (ir jo bendresnė diskusija, kaip trečiųjų asmenų interesus galima manyti veikiant civilinės teisės bylų sprendimą) teigia, kad jis nepastebi skirtumo tarp politinės nuostatos argumento ir principo argumento, kuris remiasi pasekmių svarstymu. Šiuo atžvilgiu jį galėjo suklaidinti tai, kad aš neplėtojau argumentų, pateiksimų kitoje pastraipoje, taip pat mano Hando pasiūlyto nerūpestingumo testo aptarimo, kuriuo jis remiasi. Aš sakiau, kad nors Handas ir kiti, kurie aplaidumo bylas sprendžia taip, kaip jis siūlė, remiasi padariniais, šis pagrindas yra konkuruojančių šalių teisių kompromiso metodai. Tame kontekste taip pat pažymėjau, kad pasekmės, į kurias čia atsižvelgiama, yra pasekmės toms dviem šalims, o ne (kaip kad būtų, jeigu tai būtų politinės nuostatos argumentas) pasekmės bendruomenei kaip visumai[1]. Hando taisyklę kontrasto dėlei supriešinau su įsivaizduojama taisykle, numatančia, kad aplaidžiai elgiasi tas, kuris vengia rizikuoti ir negelbėja kito, visuomenei už jį svarbesnio asmens. Aš sakiau, kad ši įsivaizduojama taisyklė gali būti tik politinės nuostatos argumento pasekmė, nes ji teiktų ieškovui ir reikalautų iš atsakovo to, ką numatytų ir ko reikalautų radikali utilitarinė moralė. Čia turėjau būti apdairesnis; privalėjau pasakyti, kad būtų neįtikėtina manyti, jog koks nors teismas galėtų priimti tą įsivaizduojamą taisyklę remdamasis principo argumentais, nes būtų neįtikima manyti, kad koks nors teismas laikėsi pažiūros, jog žmonės turi tokias moralines teises ir pareigas, kurias galėtų teikti paprasta utilitarinė moralaus elgesio teorija, ir yra neįtikima manyti, kad koks nors teismas manytų, jog teisės teorija, į kurią įeina tas požiūris,

[1] Žr. šios knygos p. 149.

galėtų būti adekvatus nerūpestingumą reguliuojančios teisės *(law of negligence)* pateisinimas – Heraklio prasme. Tad jeigu koks nors teismas priimtų tokią normą, būtų neįmanoma išvengti išvados, kad jo sprendimą nulėmė politinės nuostatos argumentas, ir pagaliau turėtume akivaizdų pavyzdį priešingą teisių tezei.

Gali būti pravartu suformuluoti abstrakčiau, kaip samprotavimai, liečiantys trečiųjų šalių interesus, galėtų pasireikšti argumentacijoje apie teises[1]. Nors aplaidumo atvejis susijęs su konfliktu tarp dviejų konkuruojančių teisių, paprastai šios teisės – Hohfeldo kontekste – yra skirtingo tipo. Ieškovas turi pretenzijos teisę į tai, kad kiti jo ar jo nuosavybės atžvilgiu veiktų su tam tikru rūpesčiu ir pagarba; atsakovas turi laisvę vykdyti savo veiklą laisvai nuo per didelio rūpinimosi jos pasekmėmis kitiems: reikalaujamasis kompromisas yra kompromisas tarp tos pretenzijos teisės reikalavimų ir šios laisvės apimties. Kartais samprotavimai, kurie padidina arba sumažina pretenzijos teisės galią, automatiškai sumažina arba padidina abstrakčios laisvės galią. Taip yra, pavyzdžiui, tuomet, kai potenciali žala ieškovui yra ypač didelė arba kai atsakovo mokama kaina už grėsmės išvengimą yra ypač aukšta. Tokiu atveju pasekmės apskaičiavimas apsiribos samprotavimais, turinčiais pasekmių tiesiogiai suinteresuotų šalių interesams. Tačiau kartais pasekmių apskaičiavimo, kylančio iš kitų šalių interesų, poveikis pretenzijos teisės galiai arba laisvės galiai bus nepriklausomas, nes teisingumo šias teises remiantys argumentai daro šį apskaičiavimą svarbų. Vienas pavyzdys yra antrasis iš ką tik aptartų žalos visuomenei atvejų: dėl didesnio skaičiaus konkuruojančias abstrakčias pretenzijos teises turinčių žmonių, patirsiančių priešpriešinį poveikį, atsakovas nebegali moraliai įtikinamai preten-

---

[1] 4-o skyriaus 3B skirsnyje aš aptariau tik tuos atvejus (kaip antai Hando aplaidumo testą), kai pasekmės bylos šalims buvo naudojamos teisių konkurencijai išspręsti. Aš nepaminėjau (bet ir neatmečiau) čia aptariamų atvejų, kai sprendžiant, kokios yra šalių teisės, yra svarbios – tiesa, dėl kitų priežasčių – pasekmės trečiosioms šalims. Tokius atvejus aptariau anksčiau aprašytose savo Rosenthalio ciklo paskaitose, išn. 1, p. 149, ir ši pastraipa yra paimta iš tos paskaitos. Taip pat žr. utilitarinių teisės teorijų aptarimą šios knygos p. 143–144.

duoti į konkrečią laisvės teisę teršti *(liberty-right)*. Kartais kitų interesai bus pakankamai svarūs, kad nurungtų abstrakčią teisę – visiškai nepriklausomai nuo bet kokio klausimo apie konkuruojančias teises. Bet taip bus, tik jeigu šie interesai yra labai svarbūs, o patiriamas poveikis – labai intensyvus. Panagrinėkime atvejį[1], išsamiai aptartą Oksfordo seminare. Informatoriaus anonimo apskųsta Žiauraus elgesio su vaikais prevencijos asociacijai ieškovė pareiškia ieškinį Asociacijai dėl jos reputacijai padarytos žalos ir pareikalauja iki teismo paskelbti informatoriaus vardą, tvirtindama, kad ši informacija yra būtina svarstant jos bylą. Teismas atsisako tai padaryti ir nors pripažįsta, kad ieškovai paprastai turi teisę į informaciją, kurios jiems reikia, teigia, kad šiuo atveju tai netaikytina, nes Asociacijos veiklos efektyvumas labai sumenktų, jeigu būtų žinoma, kad ji gali būti verčiama atskleisti anonimiškų informatorių vardus. Tarkime, kad ieškovas turi kokią nors abstrakčią moralinę teisę į tai, kad informatoriai būtų atskleisti. Šitai reiškia, kad norint pateisinti atskleidimą draudžiančią normą, nepakanka nurodyti, jog agentūros dirbtų efektyviau ir bendruomenei dėl to būtų geriau kaip visumai, jeigu jų duomenys niekuomet nebūtų atskleidžiami ieškovams. Ir vis dėlto gali būti, kad ieškovas šiuo atveju neturi konkrečios teisės į atskleidimą. Galima sėkmingai tvirtinti, kad vaikai, kuriuos Asociacija geriau apsaugos neatskleisdama informatorių, turi konkuruojančias teises, kurios tomis aplinkybėmis yra svaresnės. Tačiau net jeigu šis argumentas neįtikina, vis dar galima teigti, jog žala tiems vaikams yra tokia didelė, kad abstrakti ieškovo teisė į atskleidimą turi būti paaukota, nes, kaip teisė, ji nėra tokia svarbi ar stipri, kad galėtų koziriuoti *(to trump)* ypač rimtą socialinę nenaudą. Žinoma, bet koks tokio pobūdžio argumentas (nesvarbu, ar jis naudoja konkuruojančių teisių idėją ar ne) yra neatsiejamas nuo kokios nors prielaidos apie reliatyvų ieškovo abstrakčios teisės į atskleidimą svarumą. Jeigu ieškovas būtų atsakovas baudžiamojoje byloje, akivaizdu, jog argumentas, kad jis turė-

[1] Žr. *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children* (1977) 1 All E. R. 589.

jo teisę į atskleidimą, nepaisant žalos vaikams perspektyvos, būtų kur kas stipresnis.

Kitų priešpriešinių pavyzdžių Greenawaltas dairosi dar toliau, gilindamasis į specialesnius teisinius klausimus. Pavyzdžiui, jis analizuoja vieno iš keistesnių Niujorko apeliacinio teismo mėginimų spręsti įstatymų konfliktą[1]. Niujorko valstijos gyventojas žuvo automobilio avarijoje Meine per savo brolio, kuris tuomet ten gyveno, tačiau prieš teismą persikėlė į Niujorką, neatsargumą. Ar Niujorko teismas turėtų taikyti Meino teisę, kuri griežtai riboja kompensaciją neteisingą žūtį reguliuojančiuose įstatymuose *(in wrongful death statutes)*? Esama gerų argumentų, kad Niujorko gyventojo turto paveldėtojai Niujorko teisme turi teisę į Niujorke galiojantį neteisingos žūties įstatyminį apibrėžimą, nors nelaimė atsitiko už valstijos ribų, jeigu nėra neteisinga (o tai nebūtų buvę neteisinga šiuo atveju) tikrajam atsakovui pagal turtinę teisę *(real defendant in interest)*, nacionalinei draudimo kompanijai, taikyti tuos standartus. Manau, kad gera teorija šiame įstatymų konflikte palaikys tą rezultatą, nepaisant šios bylos atskirosios nuomonės. Tačiau dauguma, savo darbe besivadovaujanti Niujorkui būdinga „intereso centro" perspektyva *('centre of interest' approach)*, pareiškė, kad vienas iš veiksnių, į kurį ji galėtų atsižvelgti spręsdama, kuri teisė „iš tikrųjų atitinka šį deliktą", yra tas, jog atsakovas persikėlė į Niujorką dar neprasidėjus teismui. Aš manau, kad tokį rezultatą lėmė klaidingas naujos įstatymų konflikto teorijos plėtotės esmės supratimas, ir jis buvo pripažintas netinkamu ne tik atskirojoje nuomonėje, bet ir kitų jurisdikcinių institucijų sprendimuose[2]. Tačiau ar dėl to šis atvejis vis viena yra priešpriešinis pavyzdys teisių tezei?

Ne, jeigu argumentą, jog atsakovo gyvenamosios vietos pakeitimas – persikėlimas į Niujorką – turėtų turėti įtakos bylos rezultatui,

---

[1] Žr. *Miller v. Miller*, 22 N.Y. 2d 12,237 NE. 2d 877, 290 N.Y.S. 2d 734 (1968), taip pat Greenawalto aptarimą: *op. cit.*, 1014.

[2] Žr. *Reich v. Purcell*, 67 Cal. 2d 551, 432 P. 2d 727, 63 Cal. Rptr. 31 (1967), cituoja Greenawalt, 1014, n. 64.

galima suprasti kaip pagrįstą štai kokia teorija. „Teisės režimo pasirinkimo *(choice-of-law)* klausimas nėra klausimas, kuriuo klausiama, kokias teises turi šalys viena kitos atžvilgiu avarijos momentu arba tuoj po jos. Galėtume sakyti, kad ieškovas turėjo vienokią teisę pagal Niujorko teisę ir kitokią, kur kas mažesnės vertės, teisę pagal Meino teisę. Teisės pasirinkimo klausimas yra šis: kuri iš šių skirtingų teisių teikia institucinę teisę Niujorko teisme tuo laiku, kai vyksta teismo procesas, įgalindama pateisinti konkretų to teismo sprendimą. Atsakant į šį klausimą reikia (pagal šią teoriją) atsižvelgti į daugelį veiksnių, taip pat ir į šalių gyvenamąją vietą teismo metu. Argumentas ieškovės pretenzijos naudai yra tas, jog ji turi institucinę teisę į tai, kad teismas įgyvendintų neteisingos mirties *(wrongful death)* pretenziją, kurią numato Niujorko valstija, pretenziją, jog tuo metu, kai ieškovė tvirtina turinti tą teisę, atsakovas yra Niujorko valstijos gyventojas."

Iš tiesų kažką panašaus į šią ryšio tarp konflikto klausimų ir esminių klausimų teoriją palaiko didžioji naujausios konfliktų teorijos dalis, nors nedaugelis jurisdikcinių institucijų priima išvadą, išdėstytą paskutiniajame sakinyje. Teisėjas, besivadovaujantis visa teorija, įskaitant paskutinį sakinį, nėra nelojalus teisių tezei, nors jis vis tiek tokiu gali būti palaikytas.

Ar įmanomas koks nors alternatyvus šio atvejo paaiškinimas? Atrodo absurdiška manyti, kad tą sprendimą nulėmė *politinės nuostatos* motyvai. Niujorko teismas negalėjo manyti, kad pinigų sumos, susijusios su konkrečia byla, galėtų būti nors kiek reikšmingos valstybės bendros gerovės požiūriu. Paprastai, kai teikiamas siūlymas, kad teismai kurtų teisę politinės nuostatos labui, būtent perspektyvinius *(forward-looking)* jų skelbiamų normų efektus manoma turėsiant naudingų efektų. Tačiau teiginiai, jog jeigu atsakovai Niujorko valstijos rezidentais tampa po avarijos, tai pateikiant sprendimus prieš juos, galima pasitelkti Niujorko teisę, perspektyviniai efektai yra visiškai neaiškūs ir bet kuriuo atveju labai menki. Ar teisėjai mano, kad Niujorko valstijai reikia daugiau reziduojančių civilinės teisės pažeidėjų, kurie atsikraustys į valstiją, jeigu Niujorko teisė yra palankesnė jiems, arba, kaip yra šiuo atveju, jeigu jie pageidauja pa-

remti ieškovą prieš realiai suinteresuotą šalį? O gal jie nori atgrasinti kitus civilinės teisės pažeidėjus, kurie būtų galėję susigundyti persikraustyti į Niujorko valstiją, nes tuomet juos sulaikys (bent jau kol baigsis teismas) tai, jog Niujorko teisė yra jiems nepalanki. O gal iš tikrųjų teisėjai mano, kad vien dėl dabartinio sprendimo kolektyvinė Niujorko gerovė išaugs tiek, kad vien tai yra pakankamas sprendimo pateisinimas, visiškai nepriklausomai nuo minėtų perspektyvą numatančių apskaičiavimų, nes Niujorko valstijoje gyvenančiai šeimai pinigai bus pervesti iš draudimo kompanijos, turinčios stambų verslą Niujorke, ir apdrauda Niujorko šeimai tuomet padidės? Jei taip, teismas verčiau būtų taikęs mano pasiūlytą principą, įgalinantį pateisinti reikalavimą, kad nacionaliniai draudėjai, draudžiantys nuo nelaimingų atsitikimų užsienyje, draudimą Niujorko šeimoms išmokėtų nepriklausomai nuo to, ar atsakovas iš tikrųjų persikėlė gyventi į Niujorko valstiją. Šitai paskatintų daugiau naudingų pervedimų, nekurstant gyventojų nepasitenkinimo. Iš tikrųjų Greenawalto argumentai yra itin nevykęs argumentavimo tezės naudai pavyzdys, esą teismai sprendžia taip, kad skatintų politinių nuostatų įgyvendinimą, bet ši idėja vargu ar yra įtikimesnė – žvelgiant iš racionalumo taško – ir sunkiųjų civilinės teisės bylų praktikoje apskritai.

Paskutiniai priešpriešiniai pavyzdžiai, kuriuos Greenawaltas kartais pasitelkia, patvirtina mano spėjimą, kad jis politinės nuostatos argumentus painioja su principo argumentais, priklausančiais nuo pasekmės[1]. Jeigu konkrečios sutarties vykdymo pasekmės būtų netikslingai nuostolingos atsakovui arba visai bendruomenei, tuomet šitai būtų negatyvus principo argumentas prieš tai, kad ieškovas turi teisę – laikantis su teisingumo – į tam tikrą sutarties realizavimą, nors šis ieškovas turi teisę į žalos atlyginimą. Bendrosios teisės *(Common law)* normos apie ginčijamumą *(mootness),* arba *de minimis non curat lex,* žinoma, gali remtis pasekmės sumetimais, įskaitant tuos, kuriuos minėjau „Sunkiosiose bylose"[2]. Šie pasekmės sumeti-

[1] Žr. Greenawalt, 1015.

[2] Žr. p. 151.

mai gali turėti lemiamos reikšmės, kai klausimas yra tas, ar pamatinė moralinė teisė į labai mažos žalos atlyginimą arba į kompensacines priemones, kurios jau nebeturi jokios praktinės vertės, yra pakankama paremti institucinei teisei į brangų procesą ir bylos ištyrimą, ypač kai esama kitų svarbių pretenzijų, kurioms tirti būtų skiriamos bendruomenės lėšos.

C. Trivialumas

Dabar turiu imtis dilemos, su kuria, Greenawalto įsitikinimu, susiduriu, antrosios pusės. Galbūt ką tik pateiktieji argumentai yra tokie, kokių jis iš manęs ir tikėjosi kaip galimo atsakymo į jo ir kitų klausimus. Jis numato, kad mano atsakymas labai aiškiai parodys tai, ką jis jau ir šiaip įtaria, būtent, – jog tarp principų ir politinių nuostatų perskyra negali turėti tos teorinės reikšmės, kurią, mano manymu, ji turi.

Tačiau turime atskirti dvi šio teiginio versijas. Pirmoji sako, kad bent jau praktiškai nėra skirtumo tarp mano aprašyto principo argumento ir politinės nuostatos argumento, nes vieną visuomet galima pakeisti kitu. Šį teiginį galima suformuluoti taip: nurodymas teisėjui, kad jis savo sprendimui sunkiojoje byloje paremti visuomet turi rasti principo argumentą ir negali remtis politinės nuostatos argumentu, teisėjo akyse nekeis reikalo, nes jis pagal šią instrukciją spręs tuo pačiu būdu, kaip ir be jos. Antroji versija teigia, jog bet kuriuo atveju, kitaip nei teigiu aš, ta perskyra negali būti svarbi jurisprudencijos požiūriu, nes mano pagrindas manyti, kad normatyviniai ir jurisprudenciniai galvosūkiai yra išsprendžiami, jei manoma, jog teisėjai sprendžia principo pagrindu, yra neteisingas pagrindas.

Pirmąją trivialumo teiginio versiją dera atskirti nuo kitokio teiginio (nežinau, ar Greenawaltas norėtų jį ginti). Ją dera atskirti nuo kaltinimo, jog kai suvokiame, kiek daug skirtingos rūšies argumentų gali būti laikomi principo argumentais, teisių tezė praranda savo galią kaip kritinis įrankis. Kai tampa aišku, kad visokiausi konsekvencialistiniai argumentai gali būti principo, o ne politinės nuostatos argumentai, kai tampa aišku, kad visi teisėjai – išskyrus retas išimtis –

visą laiką teikė ir teikia principo argumentus, tai sakymas, jog teisėjai turi daryti būtent tai, ką jie darytų ir šiaip, vargu ar gali būti laikomas svarbiu normatyvinės jurisprudencijos teiginiu. Aš pripažinau šio „kaltinimo" svarumą, kai sakiau, kad teisių tezė sumanyta ir kaip deskriptyvi, ir kaip normatyvi. Jeigu manyčiau, kad mano tezė yra revoliucijos lozungas, vargu ar teigčiau, jog teisėjai paprastai daro tai, ką ji rekomenduoja. Aš labai stengiausi pabrėžti, kad noriu pateikti ne reformos programą, o geresnį apibūdinimą to, ką, mūsų visų žiniomis, daro teisėjai, – geresnį, nes jis įgalins mus matyti, jog daugelį įprastinių politinės ir konceptualinės jurisprudencijos problemų kelia ne teisėjavimo faktai, o mūsų pačių klaidinami šių faktų aprašymo būdai, nelyginant būtume neišsprendę konceptualinių problemų dėl to, kad tarėme, jog M. Jourdain kalbėjo baltosiomis eilėmis[1]. Jeigu antroji trivialumo teiginio versija būtų įtikinama, tai šis pratimas būtų betikslis. Mūsų padėtis teisės procesų supratimo atžvilgiu nepagerėtų, pasirinkus kitokį tų pačių praktikų aprašymą. Tačiau jeigu antroji versija yra klaidinga, tuomet prieštaravimas, jog teisių tezė neturi jokios revoliucinės jėgos, yra, kaip sakiau, būtent jos sėkmės teigimas.

Tačiau tai nereiškia, kad teisių tezė neturi kritinės galios. Dabar esama daug teisėjų, sakančių, kad jų darbas yra kurti teisę teisės spragose *(interstices of law)*, ir kad šitai reiškia elgtis lygiai taip, kaip elgtųsi įstatymų leidėjas, – atsiradus progai vykdyti politinį kursą. Dauguma tų, kurie tai sako, paprasčiausiai sako, senosios jurisprudencijos kalba tariant, jog į jų pareigas įeina esant spragoms kurti naujas normas, o ne tai, kad tai darydami jie iš tikrųjų vadovaujasi tuo, ką aš vadinu politinės nuostatos argumentais. Tačiau, be abejo, esama ir tokių, kurie mėgina praktikuoti tai, ką jie atrodo propaguoją, ir teisių tezė teikia standartą paneigti, jog tai, ką jie daro, yra teisinga. Tačiau pagrindinės kritinės teisių tezės vertės ieškotina kitame kritiškumo lygmenyje. Galime pripažinti, jog teisėjai laikosi teisių tezės, bet ir tuomet tvirtinti, kad jie padaro klaidų – dėl to, jog

[1] Žr. p. 137–138, 182.

remiasi netikusia pamatine moraline ir politine teorija, arba dėl to, kad daro proziškesnes – analizės – klaidas. Teisių tezė orientuoja šią kritiką, atskleisdama teisėjavimo argumentų sunkiosiose bylose giliąją struktūrą, įskaitant jos apimamus teisių principus, taigi ir bendresnes politines ir moralines teorijas, kurias nulemia šie principai. Ji parodo, kad efektyvi kritika turi izoliuoti ir įvertinti šiuos principus ir teorijas ir, jeigu būtina, supriešinti jas su teorijomis, kurias laiko subtilesnėmis ir įtikimesnėmis. Ji skatina sieti teisę su politine ir moraline filosofija, kuri turi būti naudinga abiems.

Tačiau tai jau būtų kita tema – turime grįžti prie pirmojo iš dviejų mano išskirtų teiginių. Ar nėra jokio skirtumo, ar teisėjui sakome, kad jis privalo spręsti remdamasis tik principo argumentais, ar sakome, jog sunkiosiose bylose jis gali pasitelkti taip pat ir politinės nuostatos argumentus? Aišku, jog skirtumas, lemiamas vieno arba kito sakymo, turi priklausyti nuo paties teisėjo politinės ir moralinės teorijos, būtent – nuo to, kokiu mastu jis yra įsitikinęs, kad konsekvencialistiniai argumentai yra tinkami ir turi galią sprendžiant, kokias teises turi žmonės. Jeigu teisėjas išpažįsta griežtą deontologinę teisių teoriją, tai minėtos dvi instrukcijos turės labai skirtingų pasekmių. Nors tai, kokiu mastu teisėjas atpažins savo deontologinius principus geriausiame egzistuojančios teisės pateisinime, nėra niekaip užtikrinta, leidimas atsižvelgti į pasekmes politinės nuostatos argumentų požiūriu išlaisvins jį nuo deontologinių suvaržymų, kurie privalo bent kartais neleisti toms pasekmėms vyrauti jo priimame principo argumente. Tačiau, kaip sakiau anksčiau, labai mažai žmonių griežtai laikosi deontologinės teisių teorijos. Todėl dauguma teisėjų manys, kad net jeigu moralinės ir politinės teisės yra klausimo objektas, konsekvencialistiniams argumentams tenka reikšmingas vaidmuo nustatant šių teisių dimensijas. Tačiau jie gali laikytis kuo įvairiausių teorijų apie vaidmenį, kurį konsekvencialistiniai samprotavimai gali iš tikrųjų vaidinti. Gal bus pravartu padaryti bent kai kurias apytikres perskyras tarp šių įvairių teorijų.

(1) Kraštutiniausia konsekvencialistinė „teisių" teorija, manau, būtų utilitarinė veiksmo teorija, skelbianti, jog kiekvienas turi parei-

gą veikti – kiekviena proga – taip, kad gautų geriausius rezultatus, geriausius tuo požiūriu, kaip juos apibrėžtų utilitaristas, ir kad tie, kurie turėtų naudos iš tokių veiksmų, kada ne kada į juos turi „teisę".

(2) Įtikinamesnės, bet vis tiek reliatyviai kraštutinės teisių teorijos gali būti sukonstruotos iš vienos arba kitos normos utilitarizmo *(rule-utitlitarianism)* formos. Pavyzdžiui, kas nors galėtų išpažinti teoriją, kad kiekvienas turi pareigą veikti pagal tą elgesio normą, kuri iš visų tų elgesio normų, kurias žmonės panašiose situacijose galėtų pagrįstai manyti esant derama svarstyti, dažniausiai produkuotų geriausias pasekmes, jeigu kiekvienas toje situacijoje priimtų tą normą. Pagal šią teoriją, kas nors, ketinąs statyti fabriką savo valdose greta gyvenamosios vietovės, turėtų pasvarstyti, kuri iš žalą visuomenei reguliuojančių normų, kurias galėtų įtikinamai svarstyti kiekvienas jo situacijoje, lemtų geriausius padarinius, jeigu kiekvienas ją priimtų, ir atitinkamai veikti. Tie, kuriems būtų naudingas tos pareigos vykdymas, turėtų atitinkamą teisę.

(3) Ne tokios reiklios teisių teorijos kiltų iš kitų normos utilitarizmo formų. Kas nors galėtų manyti, kad žmonės turi teises ir pareigas, numatomas egzistuojančių socialinės praktikos normų, tačiau tik tuomet, jei šios priimtos normos lemia geresnius padarinius, nei lemtų bet kuri kita norma, kuri yra tikėtina kandidatė būti palaikoma, arba tik jeigu jos lemia geresnius rezultatus negu tie, kurie būtų gauti nesant jokios normos.

(4) Kas nors galėtų atmesti visas utilitarizmo formas ir vis dėlto pripažinti iškilią vietą padarinių samprotavimams argumentuose apie teises. Aš jau bendrais bruožais aprašiau tokią teoriją. Kas nors gali manyti žmones turint teisę į kitų rūpestį, ir tai reiškia, jog kiti negali jiems daryti didelės skriaudos dėl reliatyviai mažos naudos sau, arba negali būti nerūpestingi ir neapsaugoti jų nuo didelės žalos, jeigu tie kiti yra tokioje padėtyje, kad gali tai padaryti nedidelio pavojaus sau kaina. Ta abstrakti teisė padarinio sumetimus darys reikšmingus vi-

suomet, kai yra tikėtina, jog vieno asmens veiksmas arba neveikimas turės rimtų padarinių kitų gerovei, tačiau teorija gali tvirtinti įvairias perskyras, kurios padarinių vaidmenį darys skirtingą skirtingose situacijose. Pavyzdžiui, ji gali numatyti aukštesnį rūpesčio arba aukojimosi standartą, kai pavojus kelia žalos grėsmę asmenims, o ne nuosavybei; taip pat ji gali tam tikras konkuruojančias teises, kaip kad teisę išreikšti savo nuomonę politikos klausimais arba pasirinkti bendravimo partnerius, padaryti tokias svarbias, kad šios konkrečiais atvejais negaliotų tik tuomet, kai pasinaudojimo jomis pasekmės būtų tiesioginės ir labai didelės, o kitų teisių, tokių kaip teisė plėtoti asmens pageidaujamą verslą tam tikrame žemės plote, priklausančiam asmeniui kaip nuosavybė, svarbą gali sumažinti tiek, kad pakaktų kur kas menkesnių pasekmių, norint tam tikromis aplinkybėmis teisę paneigti.

(5) Kas nors gali išpažinti specialią teoriją apie institucines teises, tokias kaip teisės, reglamentuojamos socialinės žemės nuosavybės institucijos, teoriją, kuri yra sykiu ir konsekvencialistinė, ir neutilitarinė. Šių socialinių institucijų atžvilgiu jis gali laikytis tokios pozicijos, kurios laikėsi šachmatų teisėjas šachmatų žaidimo atžvilgiu „Sunkiosiose bylose“[1]. Jis sutinka, kad žmonės turi politines teises, teikiamas šių institucijų, ne dėl to, kad mano, jog ta institucija dirba bendrojo intereso labui, o dėl to, kad teisingumo motyvai reikalauja, jog įsteigtosios institucijos būtų administruojamos pagal jų normas ir lūkesčius, kuriuos tos normos nulemia, – tokias kaip norma, kad niekas negali fiziškai pažeisti kito teritorijos be jo leidimo. Tačiau jis mano, kad socialinių institucijų prasmė sietina su tam tikromis bendromis pasekmėmis, kurių, pagal populiarų supratimą, jos turi siekti, ir kad sunkiosios bylos, t. y. abstrakčių teisių konfliktas institucijose, turi būti sprendžiamos – lygiai taip pat kaip bet kuris teisingumo dalykas – atsižvelgiant į šios prasmės supratimo autoritetą. Kalbant, tarkime, apie kitų naudojimąsi žeme, jis gali manyti, kad paprotinių normų prasmė yra

[1] Žr. p. 152–159.

sumažinti trintį tarp žemės savininkų ir išspręsti sudėtingas žalos visuomenei bylas lygiai taip pat, kaip šachmatų teisėjas sunkius atvejus šachmatų žaidime sprendžia atsižvelgdamas į savo institucijos koncepciją. Ir vėl – kas nors, besilaikantis šios konsekvencialistinės teorijos atmainos, gali išpažinti kitokią – nekonsekvencialistinę – teisių teoriją, kuri kildina teises ne iš socialinių institucijų, ir turėti visiškai skirtingą nuomonę apie kitų socialinių institucijų prasmę.

Šio pavyzdinių teorijų apie teises, kurias piliečiai turi vienas kito atžvilgiu, sąvado sumanymas – tiesiog iliustruoti skirtingas teorijas, kurios yra įmanomos, ir kiekvienos iš jų potencialų sudėtingumą. Svarstydami pirmąją trivialumo teiginio versiją, privalome turėti omenyje, kad teisėjai gali numanomai laikytis bet kurios iš šių teorijų arba bet kurios kitos iš tų įvairių teorijų, kurių neaprašiau. Turiu būti apdairus ir nepadaryti klaidos, kurią daraș kartais esu kaltinamas. Aš nemanau, kad visi ar netgi dauguma teisėjų yra skyrę savo laiko abstrakčiai moralės filosofijai arba kad jie sutaria dėl aiškių teisių teorijų ir kad kai kurie po savo mantija laiko Kanto tomą, o kiti slepia Benthamo ar Teilhardo de Chardino tomelius. Aš tik manau, kad kiekvienas turi nuomonę apie teisių idėją, nebūtinai suformuluotų ar netgi nebūtinai nuoseklių, kuriomis remiasi, kai privalo pasakyti, kokias pareigas jis turi stojančių prieš jį atžvilgiu.

Nesiremsiu jokiomis prielaidomis apie reliatyvų įvairių formų konsekvencialistinių teorijų apie teises populiarumą, nors ir manau, kad tokios teorijos kaip paskutinės dvi iš mano aprašytųjų yra kur kas įprastesnės negu pirmosios trys. Jeigu teisėjas laikosi kokios nors teorijos, panašios į vieną iš dviejų paskutiniųjų, tai jis visai kitaip reaguos į instrukciją, kad sunkiąsias bylas privalo spręsti remdamasis principo argumentais, atsižvelgdamas į galimas pasekmes, kai to reikalauja principas, negu tuo atveju, kai jam būtų liepiama spręsti tas pačias bylas remiantis politinės nuostatos argumentais. Imkime, pavyzdžiui, teisėją, kuris laikosi kokios nors formos teorijos apie „pagarbą", teorijos, aprašytos 4-ame poskirsnyje. Jis turi omenyje upių, tekančių žemėmis, iš kurių kai kurios yra žemės ūkio, o kai kurios naudojamos plėtoti gamybai, administravimo schemą; jeigu jis būtų

įstatymų leidėjas, tai paremtų tą schemą kaip pateikiančią socialiai efektyviausią tokių upių panaudojimą. Jeigu jam būtų liepta pakrantės ruožo nuosavybės bylas spręsti politinės nuostatos pagrindu, pasirenkant efektyviausias normas ateičiai ir sprendžiant jam tekusias bylas taip, tarsi tos normos jau galiotų, tai kurdamas normas jis kiek įmanydamas stengtųsi priartinti jas prie tos schemos, kurią siūlytų įstatymų leidėjui. Be abejo, jis būtų reduktyvus, nes negalėtų surašyti sudėtingo nuostatų komplekso į standartinės apimties teisėjo nuomonę (tačiau nėra jokių kliūčių jo paties nuomonėms pamažu tapti panašioms į įstatymus ir taip pažeisti tą tradiciją). Tačiau supaprastinimai būtų tokie, kurie – kiek tai įmanoma – nepažeistų schemos branduolio. Jeigu į jam teikiamas instrukcijas įeitų paliepimas, kad jis privalo suvokti save kaip jaunesnįjį įstatymų leidėjo partnerį ir savo naujas normas įsprausti į įstatymų leidėjo jau nustatytų gairių rėmus, šis patikslinimas neturėtų beveik jokių pasekmių tais atvejais, kai įstatymų leidėjas jau yra palikęs teisės plėtojimą teismams, kaip pakrantės ruožo nuosavybės atveju. Kitais atvejais toks patikslinimas pareikalaus iš jo imtis tam tikrų strategijų, kurias įstatymų leidėjas yra nustatęs kaip fiksuotas, tačiau sprendimas dėl to, kiek jo paties schemos numatomų dalykų dėl to turi būti atmesta, neturėtų nieko bendra su jokiais teisingumo ar teisių sumetimais.

Tačiau dabar tarkime, kad jam sakoma, jog jis turi spręsti pakrantės ruožo nuosavybės bylas principo pagrindu ir atidėti į šalį savo brangiąją schemą. Dabar jis turi savęs paklausti, pavyzdžiui, ar abstrakti ieškovo fermerio teisė į jo kaimyno rūpestį įgalioja fermerį reikalauti kaimyno neužtvenkti upės tam, kad pastatytų fabriką, kuris teiks reikalingas darbo vietas bendruomenei. Dėl mano anksčiau aprašytų priežasčių mūsų teisėjas, be abejo, atsižvelgs į tų darbo vietų svarbą bendruomenei, fabriko pritaikymo darbui be energijos, kurią tiekia užtvanka, sąnaudas ir paskesnį nenašumą, alternatyvius vandens žemėms drėkinti šaltinius ieškovo atveju, lygiai kaip į nekonsekvencialistinius veiksnius, taip pat turinčius įtakos pagarbos reikalui, kaip klausimas, ar kaimyninės žemės jau buvo naudojamos gamybai, kai ieškovas ėmėsi fermerystės. Tačiau nėra pagrindo manyti, – o esama

dėmesio verto pagrindo abejoti, – kad šie veiksniai, deramai įvertinus jų svorį pagal teisėjo bendrą teisingumo teoriją, sukurtų būtent tas normas, kurias teiktų jo politinės strategijos schema, modifikuota paprastumo ir nuoseklumo sumetimais. Vienas iš politinės strategijos schemos tikslų gali būti, pavyzdžiui, maisto savikainos sumažinimas fabrikinių gaminių atžvilgiu. Jis galėtų nuspręsti – strategijos labui – savo schemoje suskirstyti valstybę į pakrančių teritorijas, iš kurių vienoje leidžiama naudoti tekančio vandens šaltinius be atodairos į poveikį kitiems, o kitose teritorijose – ne. Kitokia strategija galėtų numatyti vienokį režimą pirmiesiems keletui jų pradedamos vykdyti programos metų, kuris užleidžia vietą kitokiam režimui vėlesniais metais, kai jau bus gauta naudos iš pirmojo etapo arba kai numatomas koks kitas aplinkybių pokytis. Tai vis pažįstami įstatymų leidėjo programos tikslai ir strategijos, tačiau tai – tikslai ir strategijos, kuriuos kas nors, išpažįstantis teisių teoriją, aprašytą 4-ame poskirsnyje, manytų esant nereikšmingais sprendžiant, ko teisingumas reikalauja iš vieno kaimyno kito atžvilgiu.

Taigi jeigu galima pagrįstai daryti prielaidą, kad reikšmingas teisėjų skaičius bet kurioje bendruomenėje laikosi arba nekonsekvencialistinių teisių teorijų, arba konsekvencialistinių teorijų, kurios nėra viena ar kita utilitarizmo forma, tuomet nurodymas šiems teisėjams bylas spręsti principo pagrindais negali turėti tų pačių pasekmių, kokių turėtų nurodymas spręsti politinės nuostatos pagrindu. Šito pakaktų sugriauti pirmajai trivialumo teiginio versijai, net jei ir turėčiau po to pripažinti, kad utilitarinių teisėjų atveju tų dviejų instrukcijų efektas būtų tas pats. Tačiau, žinoma, ir tai nėra tiesa. Utilitarinė teisių teorija yra teisių teorija, ir netgi utilitaristui klausimas, ko žmonės nenusižengdami teisingumui gali reikalauti vienas iš kito, skiriasi nuo klausimo, kokias normas politinę strategiją kuriantis įstatymų leidėjas gali jiems nustatyti nenusižengdama deramumui. Utilitarizmo literatūra, kurios dabar yra daug ir subtilios, tai akivaizdžiai parodo[1].

[1] Žr. Lyons, „Human Rights and the General Welfare", *6 Phil & Pub. Aff.* 113 (1977) bei ten nurodomus straipsnius.

Normos utilitarizmo šalininkas tvirtina, kad žmonės turi teises, įtvirtintas normose, kurios jau yra įtvirtintos kaip socialinės normos, jeigu šios turi utilitarinę vertę, kaip numatyta teorijoje, aprašytoje 3-iame poskirsnyje, arba normose, kurios gali būti suprantamos kaip optimalios atskirų individų, darančių sprendimus be galios paskirti kokias nors normas, kad ir kokios jos būtų, kitiems. Nė vienu iš šių atvejų utilitaristas teisėjas negalėtų įtikinamai manyti, kad individas turėtų suformuluoti normą savo paties elgesiui, turėdamas deramos politinio kurso programos detalę arba strategijų įvairovę, juo labiau negalėtų manyti, jog tam pakaktų administratoriaus taupumo jausmo. Klausimas, kurio turi imtis individas, kai sprendžia, kokias pareigas jis turi kitų atžvilgiu, net normų utilitaristui yra skirtingas – ir į jį turi būti kitaip atsakoma – nuo klausimo, ko nauda besiremiantis įstatymų leidėjas turėtų reikalauti iš visų tokių individų – jei ne dėl kokios kitos priežasties, tai dėl to, kad įstatymų leidėjas turi viešumo galias ir įgyvendinimo galias, kurių negali ir neturi turėti joks individas.

Taigi pirmosios Greenawalto trivialumo teiginio versijos galima drąsiai nepaisyti. Antroji versija teigia, kad net jei ir esama skirtumo tarp principo argumentų ir politinės nuostatos argumentų, aš neteisus, jei tenkinuosi idėja, jog teisėjai sunkiąsias bylas paprastai sprendžia principo argumentų pagrindu, nes politiniai ir jurisprudenciniai argumentai, kuriuos pateikiau to jų praktikos aprašymo naudai, yra klaidingi. Vienas iš Greenawalto argumentų šia linkme, kaip ir jo tariamieji priešpriešiniai pavyzdžiai, ginčija deskriptyvųjį teisių tezės adekvatumą, ir aš šį argumentą svarstysiu pirmiausia. Jo likusieji argumentai puola normatyvines tezės pretenzijas.

Aš sakiau, jog idėja, kad sunkiąsias bylas teisėjai sprendžia principo argumentų pagrindu, pasižymi viena jurisprudencine dorybe: ji paaiškina, geriau negu bet koks konkuruojantis aprašymas, kodėl precedentui priskiriama tai, ką aš pavadinau „gravitacine galia“ vėlesniųjų sprendimų atžvilgiu. Štai ką Greenawaltas cituoja iš mano straipsnio:

> Gravitacinę precedento galią galima paaiškinti remiantis ne įgyvendinamųjų aktų *(enactments)* išmintimi, o tuo, kad panašius atvejus teisinga traktuoti vienodai [...] [Teisėjo rankose] ankstesnių sprendimų gravitacinė galia turi tenkintis principo argumentų, kurie būtini pateisinti tiems sprendimams taikymu. Jeigu ankstesnis sprendimas būtų suprantamas kaip visiškai pateisinamas kokio nors politinės nuostatos argumento, jis neturėtų jokios gravitacinės galios.[1]

Jis sako, kad „Dworkino argumentas šiuo atžvilgiu atrodo toks akivaizdžiai klaidingas, kad imi abejoti, ar jį iki galo supranti"[2].

Suabejoti tikrai verta. Pirmiausia Greenawaltas neteisingai jį supranta dėl to, kad pražiūri jo pagrindinį analitinį įrankį, būtent – mano perskyrą tarp precedentų įgyvendinamosios akto galios *(enactment force)* ir jų gravitacinės galios. Precedento akto galia iš paskesnių teisėjų reikalauja vadovautis normomis ir principais, nustatytais ankstesnėje byloje taip, tarsi jie būtų nustatyti įstatyme. Gravitacinė galia paliečia ir tas vėlesnes bylas, kurios akivaizdžiai yra nereguliuojamos bet kokios tokios normos ar principo referencijos. Greenawaltas sako, jog „priežasčių, dėl kurių teismai vadovaujasi precedentais, yra daug. Be teisingumo sampratos, jog vienodi atvejai turi būti traktuojami vienodai, kai kurios kitos iš tų priežasčių, kaip mano Lewellynas, yra šios: patogumas, rėmimasis sukaupta patirtimi ir pravartumas ketinant sugebėti numatyti, ką nuspręs teismas"[3]. Tai išties yra priežastys, kodėl precedentams teikiama įstatyminio akto galia. Jeigu būtų laikoma, kad precedentai yra nulemti politinės nuostatos argumentų, egzistuotų dar viena ir kur kas svarbesnė priežastis, kurios Greenawaltas nepamini: teisėjavimo normos negalėtų pagerinti politinio kurso, jeigu iš vėlesnių teisėjų nebūtų reikalaujama laikytis tų normų.

Skiriamasis faktas, susijęs su teisėjavimu bendrosios teisės *(com-*

---

[1] Žr. aukščiau, p. 169, cituoja Greenawaltas, *op. cit.*, 1008.

[2] Greenawalt, 1008.

[3] *Ibid.* (cituojant praleista išnaša).

mon law) pagrindu, faktas, kuris kelia mano aptartus jurisprudencinius galvosūkius, yra tas, kad precedentams teikiama taip pat ir gravitacinė galia. Tačiau gravitacinės galios negali paaiškinti tas priežasčių sąvadas, kurį Greenawaltas paima iš Llewellyno. Inercijos ir patogumo nepaisoma įtemptoje ir kontroversiškoje argumentacijoje apie tai, ko reikalauja deramai suprantama precedentų grandinė; „sukaupta patirtis" negali paaiškinti situacijų, kai sprendimui paremti yra panaudojamos naujoviškos pamirštų bylų interpretacijos; ir pats Greenawaltas sako, kad precedentai, kurių gravitacinė galia neaiški arba kontroversiška, menkai tegelbsti numatant, ką darys teismas. Aišku, jog Heraklis, siekdamas kokio nors pateisinimo gravitacinės galios praktikai, turėjo žvalgytis anapus šių nuvalkiotų pamokymų apie precedentą.

Taigi Greenawaltas nesuprato šio argumento esmės. Tačiau jis taip pat nori ginčyti ir kitą argumento bruožą. Aš sakiau, kad jeigu precedentai turi gravitacinę galią ir jeigu šitai turi būti pateisinta tuo pagrindu, kad teisingumas reikalauja nuoseklumo, tai reiškia, jog tuos precedentus reikia tarti esant nulemtus principo argumentų, kaip reikalauja teisių tezė, nes, kaip sakiau,

> [jeigu] ankstesnis sprendimas būtų laikomas visiškai pateisinamu kokio nors politinės nuostatos argumento, jis neturėtų gravitacinės galios. Jo kaip precedento vertė ribotųsi jo akto leidžiamąja galia *(enactment)* [...] [nes] [n]eįmanomas [...] joks bendras teisingumo argumentas, pagal kurį valdžia, tarnaujanti bendram tikslui vienokiu būdu viena proga, turi tarnauti tuo būdu – ar netgi turi tarnauti tam pačiam tikslui – visuomet, kai randasi panaši proga[1].

Greenawaltas nesutinka. Savo teiginiui, jog (bent jau kartais) politine nuostata pagrįsti sprendimai nulemia teisingumo teiginius, tinkamus panašiems sprendimams vėliau, iliustruoti jis siūlo trumpą pasakojimą apie šeimos gyvenimą[2]. Jeigu dėl politinės nuostatos mo-

[1] Žr. p. 169–170.

[2] Greenawaltas, 997–998.

tyvų šiek tiek jaunesniam vaikui liepiama eiti į lovą pirmiau už kitą, norint išvengti triukšmo, kurį sukelia plepėjimas lovoje, tai po kelerių metų tas vaikas reikš pretenziją eiti miego vėliau nei dar jaunesnis vaikas, net jeigu politinės nuostatos motyvacija prapuolė, nes, pavyzdžiui, šeima gyvena pasiturimai ir įsigijo didesnį namą. Aš visiškai sutinku, kad jaunesnysis vaikas galėtų atkakliai reikšti tokią pretenziją ir kad gali pasirodyti sudėtinga jam išaiškinti perskyrą tarp principo ir politinės nuostatos. Gal būtų išmintingiau – pačių politinės nuostatos argumentų požiūriu – nusileisti jo reikalavimams. Vargu ar tai reiškia, kad vaiko pretenzija yra teisinga moralinės teorijos požiūriu. Jeigu tėvams pavyktų išaiškinti vaikui naujų aplinkybių galią ir jis sutiktų atsiimti pretenziją, mes turėtume tam visokeriopai pritarti. Vargu ar turėtume sakyti, kad tėvai apgaule sugundė vaiką susitaikyti su neteisybe.

Likusiąją Greenawalto argumento dalį apibendrina štai toks teiginys: „Pakanka ir akimirkos suprasti, jog kai įstatymų leidėjas teikia teises vienai žmonių grupei, net jeigu ji tai daro politinės nuostatos pagrindais, kitos grupės, kurių negalima pateisinamai išskirti, turi stiprią teisingumo pretenziją į panašų traktavimą savo atžvilgiu“[1]. Žinoma, šis teiginys, – toks, koks jis čia pateiktas, – yra truizmas. Jis kelia klausimą, kada kitos grupės *yra* išskiriamos „pateisinamai“. Aš pažymėjau, kad grupės pateisinamai išskiriamos tada, kai tai susiję su politinės strategijos likimu, dėl priežasčių, kurios būtų netinkamos, jeigu argumentas būtų principo argumentas, nes tai ne priežastys, kurioms reikšmę teikia teisingumas. Tad patogumo arba administravimo priežastys, arba paprasčiausiai ta priežastis, jog jau vykdoma politinė strategija yra pakankamai sėkminga. Kaip akivaizdų pavyzdį nurodžiau įstatymų leidėjo subsidijas, tačiau Greenawaltas čia prieštarauja sakydamas, kad jos yra ypatingas atvejis ir kad tai, ką aš sakau, negalioja, kai įstatymų leidėjas kuria teises arba politinės nuostatos pagrindais priima „bendrojo taikymo“ normas. Nesuprantu, kokią perskyrą Greenawaltas čia turi galvoje – jis nepateikia jo-

[1] *Ibid.*, 1009.

kių pavyzdžių to, ką jis turi omenyje. Jei įstatymų kūrėjai išleido aktą, subsidijos yra teisių dalykas, o normos, numatančios jas, yra – taip būčiau manęs – bendrojo taikymo (bet, žinoma, ne universalaus) normos. Be to, mano mintis yra būtent ta, kad sprendimai suteikti naudą politinės nuostatos pagrindu visuomet yra subsidijos; kiekvieną kartą, kai įstatymų leidėjas pripažįsta teises grupei, – ne dėl to, kad ta grupė pagal teisingumą turi teisę į tai, ką ji gauna, bet dėl to, kad teisių sukūrimas šitai grupei prisideda prie bendrosios gerovės, – ta dotacija yra subsidija šitai grupei. Bet niekas nepriklauso nuo to, ar mes žodį „subsidija" vartojame siauresniąja prasme. Ar kapitalo prieaugio nuostatos mokesčių kodekse, skirtos paskatinti tam tikroms investavimo formoms kitų atžvilgiu, laikytinos subsidijavimo atvejais? Kaip tuomet suvokti originalų prezidento Carterio energijos taupymo programos siūlymą taikyti nuolaidas efektyviems, mažai degalų naudojantiems automobiliams? Ir, – jeigu jau apie tai prakalbome, – ką reiškia toje pačioje programoje siūlytasis specialus mokestis neefektyvioms, daug degalų naudojančioms mašinoms? Šiaip ar taip, jeigu tokia programa būtų patvirtinta, neturėtume manyti, jog tie, kurie pirko efektyvius motorinius laivus, nepaminėtus įstatymų leidėjo schemoje, turėtų teisingumo argumentą, kad jiems taip pat turi būti taikomos nuolaidos, nei kad efektyvių valčių gamintojai turėtų teisę reikalauti, jog iš neefektyvių valčių pirkėjų turi būti pareikalauta mokėti ekvivalentišką mokestį. Pakankamas atsakymas būtų tas, kad pakanka ir toliau taupyti energiją efektyvinant automobilius. Tarkime, jog Kongresas nustato specialias kolektyvinio sandėrio sudarymo kai kuriose pramonės šakose procedūras, pakeisdamas reikalavimus tarpininkams, kad sumažintų nesutarimus darbe arba padidintų produktyvumą. Ar šitai yra subsidija visiems, kuriems pasitaikys turėti naudos iš tų specialių procedūrų? Šiaip ar taip, mes nesakytume, kad darbdaviai arba darbininkai kitose pramonės šakose laikantis teisingumo turi teisę į panašias galimybes vien dėl to, kad ta pati administravimo laiko ir pinigų investicija ir ten būtų suteikusi ekvivalentišką naudą.

Turime būti itin atsargūs, kad čia išvengtume painiavos. Nenoriu

pasakyti, kad valdymas politinės nuostatos pagrindu gali būti iracionalus. Nenoriu paneigti to, ką kitur stengiausi išsamiai išaiškinti,[1] – jog nuostatos, skirtos politinei nuostatai, gali būti netinkamos (dažnai taip pat ir nekonstituciškos), jeigu pažeidžia nepriklausomus principus, grindžiančius teises valstybės atžvilgiu. Aš rūpestingai pažymėjau, kad valdžia turi bendrą pareigą neleisti politinėmis nuostatomis paremtų programų naštai pernelyg sunkiai prislėgti kurį nors konkretų individą ar bendruomenės sluoksnį, net jeigu tenka aukoti techninį efektyvumą, kad to būtų išvengta. Dabar pridursiu, kad valdžiai turi būti neleidžiama savo politinės galios naudoti išrankiai – diskriminuoti nepopuliarias arba politiškai silpnas grupes[2]. Kiekvienas iš šių argumentų turi turėti vietą bet kokioje išsamioje valdymo teorijoje, ir kiekvienas kelia didžiai įdomius ir sudėtingus tiek teorinius, tiek praktinius klausimus. Tačiau jie nei pavieniui, nei kartu nediskredituoja štai kokio teiginio: jeigu įstatymų leidėjo sprendimas suteikia naudą kokiai nors konkrečiai grupei ne dėl to, kad tą grupę manoma turint teisę į tą naudą, o dėl to, jog ta nauda yra šalutinis produktas schemos, kuri manoma, skatinsianti progresą tam tikro kolektyvinio tikslo link, tai kiti neturi jokios politinės teisės į tą pačią naudą, *net jeigu tos naudos suteikimas jiems iš tikrųjų dar labiau skatintų progresą to paties kolektyvinio tikslo link.* Šis teiginys yra argumento apie gravitacinę precedentų galią pagrindas, nes šis teiginys negalioja, kai nauda suteikiama kokiai nors grupei dėl to, kad mano-

---

[1] Žr. 7-ą skyrių.

[2] Šis ir ankstesni sakiniai suponuoja klausimą dėl tikrosios Jungtinių Valstijų konstitucijos Keturioliktojo papildymo „lygios apsaugos" klauzulės apimties. Kokiu mastu ta klauzulė draudžia nevienodą naudos arba atsakomybės naštos, kurią teikia politinės nuostatos generuojama teisėkūra, paskirstymą? Ar jos apimtis ribojasi tik tais nelygybę nustatančios teisėkūros, besiremiančios politine nuostata, atvejais, kai pažeidžiama nepriklausoma politinė teisė, įskaitant nepopuliarios grupės nario teisę nepatirti diskriminacijos? Šį klausimą turėjau omenyje rašydamas trumpą išnašą: žr. aukščiau, p. 169 išn. 1. Greenawaltas tą pastabą pavadina „painia"; pripažįstu, kad ji mažų mažiausiai yra nelengva perprasti. Ji nepateikia argumento prieš konvenciškesnę pažiūrą į lygios apsaugos nuostatą, – pažiūrą, kurią čia pakartoja Greenawaltas, – o tik taria, kad konvencinė pažiūra yra nepatenkinama.

ma, jog šios grupės nariai turi teisę į tą naudą. Net jeigu teisė įtvirtinama konsekvencialistine motyvacija arba ribojama konsekvencialistiniais sumetimais, vis tiek tai – teisė, ir jei principas suformuluojamas tiksliai, kiekvienas, patenkantis į kategoriją tų, kuriems tas principas yra palankus, turi teisę – laikantis teisingumo – į tai, ką jis teikia.

Kas nors galėtų prieštarauti teiginiui apie politines nuostatas, nurodydamas, kad ji negalioja vienam kolektyviniam tikslui – bendrajai bendruomenės kaip visumos gerovei, kaip ją galėtų apibrėžti vienos ar kitos formos utilitarizmas. Utilitaristas galėtų teigti, kad įstatymų leidėjas turi pareigą siekti bendrosios gerovės ir jog todėl kiekvienas turi teisę į tai, ką jis gautų pagal teisėkūros aktą, teisėkūros, kuri juk kuria aukščiausią gerovę. Aš pats vengiu sakyti, kad ši „teisė" yra tikra teisė, bet čia tai nesvarbu, nes net jeigu mes taip sakome, bendrosios gerovės atvejis nėra tikra teiginio apie politines nuostatas išimtis. Kas nors, apeliuojąs į savo tariamas teises atsižvelgiant į bendrąją gerovę, negalėtų sustiprinti savo argumento galios, nurodydamas kokius nors ankstesnius įstatymus, priimtus siekiant užtikrinti tą bendrąją gerovę. Viskas priklausys nuo nepriklausomo ir lemtingo klausimo, ar dabar suteikus jam tai, ko jis reikalauja, pagerės bendroji gerovė. Nė vienu atveju ši tariama išimtis negali būti laikoma prieštaravimu mano argumentui apie gravitacinę galią. Jeigu kas nors mano, kad teisėjų sprendimus nulėmė politinės nuostatos argumentai ir kad šie argumentai vis vien turi gravitacinę galią ateities sprendimui, tai jis turi manyti, kad tą galią ankstesniam sprendimui suteikė kokio nors *specifiškesnio* kolektyvinio *tikslo,* negu tikslas pakelti bendrąją gerovę, pasirinkimas, kaip antai tikslas sumažinti avarijų skaičių arba siekti, kad oras būtų grynas, arba sumažinti nedarbą, arba siekti harmoningesnių vadovybės ir darbininkų santykių, net jeigu šis specifiškesnis tikslas suvokiamas – taip dažniausiai jis būtų suvokiamas – kaip svarbi priemonė užtikrinti tam bendresniam tikslui. Jis mano, kad vėlesnės akcijos šalis apeliuoja į ankstesnį to specifiškesnio tikslo pasirinkimą kaip į argumentą, jog jo atveju turėtų būti kuriama norma, kuri tarnauja būtent tam pačiam tikslui ir kuri (kaip šalutinis produktas) jam duotų naudos. Taigi argumen-

tu daroma prielaidą, kad politinės nuostatos, specifiškesnės negu bendra nauda, pačios turi turėti gravitacinę galią.

Greenawaltas taip pat nori sukritikuoti kitą mano pateiktą argumentą. Aš sakiau, kad gerai žinomas argumentas, jog demokratijoje teisę turi kurti įstatymų leidėjas, o ne teismai, būtų stiprus prieštaravimas teisėjo originalumo tezei, jeigu teisėjo sukurta teisė būtų lemiama politinės nuostatos, bet yra ne toks stiprus argumentas prieš teisėjo originalumą principiniais klausimais. Greenawaltas prieštarauja sakydamas, kad faktai liudija, jog įstatymų leidėjui visai nerūpi kai kurios teisės sritys, todėl teismai yra priversti daryti visus politinių nuostatų sprendimus, kokių reikia tose srityse, ir kad teisėjai gali būti lygiai tokie pat įgudę priimti bent jau tam tikrus politinės nuostatos sprendimus, kaip ir kongreso nariai[1]. Kai dėl pirmojo iš šių argumentų, jis atmeta atsakymą, kurį, jo įsivaizdavimu, aš galėčiau pateikti, būtent, kad tam tikras įstatymų leidybos sritis nusprendžia palikti teismams dėl to, jog jos tyčia priėmė sprendimą, kad šios sritys geriau plėtojamos rūpinantis principu, o ne politiniu kursu. Jis sako, kad realistiškiau manyti, jog įstatymų leidėjas susilaiko dėl „kokios nors miglotos nuovokos, kad tos problemos yra adekvačiai traktuojamos teismų"[2]. Be abejo, tačiau taip išvengiama svarbaus klausimo. Galbūt „miglota nuovoka" kyla kaip tik dėl to, kad šios sritys *iš tikrųjų* yra adekvačiai plėtojamos per principo samprotavimus, įskaitant konsekvencialistinius samprotavimus, todėl įstatymų leidėjas neprivalo įterpti politinių tikslų.

Būtent tokį paaiškinimą to, kad vadinamosios „bendrosios teisės" sritys galėjo išsiplėtoti – tuo mastu, kuriuo jos tai padarė, – per teisėjų sukurtą, o ne statutinę teisę, įgalina du argumentai. Pirma, bendrosios teisės sritys yra būtent tos, kuriose daugiausiai galios turi garsioji profesoriaus Coase'io teorema[3]. Coase'is nurodė, jog jeigu mes nepaisome sandorių kainos, bendrajam išteklių paskirstymo efektyvumui neturės reikšmės tai, ar deliktinė arba su-

[1] Žr. Greenawaltas, 1004.

[2] *Ibid.*, 1005.

[3] Žr. Coase, „The Problem of Social Cost", 3 *J. L. & Econ.* 1, 19– 28 (1960).

tartinė atsakomybė tenka vienai ar kitai iš dviejų privačių sandorio ar įvykio šalių, nors, aišku, tai turės didelės reikšmės pačioms šalims. Žinoma, sandorio kaina yra materiali kaina, todėl vienos delikto ar sutarties normos pasirinkimas lemia skirtumą, kad ir nedidelį, bendrojo ekonominio efektyvumo požiūriu, tačiau, kaip yra pažymėję komentatoriai, tikėtina, jog teisingumo sumetimai – samprotavimai apie tai, kuriai ekonominei rolei turėtų, atsižvelgiant į teisingumą, tekti užmokėti tam tikrą kainą – bus svarbesni[1]. Antra, sandoriai ir įvykiai, sukeliantys bendrosios teisės problemas, yra siejami su reliatyviai įprastomis situacijų rūšimis – tai yra situacijos, keliančios pažįstamą konfliktą tarp bendruomenės narių abstrakčiosios teisės į tam tikrą tų, kurių aktai juos veikia, rūpestį ir abstrakčiosios laisvės kitų – norinčių įgyvendinti savo interesus ir ambicijas. Taigi tai yra situacijos, kurios reikalauja iš bendruomenės pasiekti didesnį ar mažesnį moralinį sutarimą dėl to, ko reikalauja teisingumas, – sutarimą, kuris, tai nustatant, neišvengiamai turės atsižvelgti į padarinius. Šitai sąlygoja du čia nurodytinus padarinius. Tai reikš, kad yra labiau tikėtina, jog teismas priims principo sprendimus, kurie bendruomenei kaip visumai atrodys patenkinami – daug labiau patenkinami visoms grupėms negu sprendimai, kuriuos teismai gali padaryti, kai reikalas susijęs su naujoviškomis ar kontroversiškomis teisėmis. Taip pat tai reikš, kad kai bendroji teisė kelia problemą, kurios sprendimas dėl kokios nors priežasties turės svarbių ekonominių pasekmių, – kitaip nei sako Coase'io teorema, – kaip aplinką teršiančio fabriko, kuris sukuria labai daug darbo vietų, atveju, tuomet principo argumentai turės atsižvelgti į tas lemiamas ekonomines pasekmes.

Antrasis Greenawalto argumentas, pagal kurį teisėjai gali būti protingi politinio kurso klausimais, yra paprasčiausiai šūvis pro šalį. Išties esama populiaraus argumento, įrodinėjančio, kad teisėjai tiesiog stokoja pasirengimo arba išteklių, suteikiančių galimybę analizuoti

[1] Žr., pvz., Baker, „The Ideology of the Economic Analysis of Law", 5 *Phil. & Pub. Aff.* 3 (1975).

sudėtingas ekonomines ar kitokias pretenzijas, tačiau aš manau, jog šis argumentas yra klaidingas. Nežinau jokios priežasties, kodėl vidutinis teisėjas turi mažiau talento ar mažiau laiko tokiai analizei negu vidutinis kongreso narys arba kad jis negali rasti teismo knygose daugiau nei surašyta tų knygų autorių padiktuotose komiteto ataskaitose, kurių kongreso nariai kiekvienu atveju neturi laiko skaityti.

Mano argumento intencija buvo kitokia. Nerealistiška manyti, kad individualūs teisės kūrėjai klausimą kaip balsuoti sprendžia vertindami jiems pateiktas programas bentamiškųjų bendrojo gėrio koncepcijų pagrindu ir apsisprendžia remdamiesi patogiu apskaičiavimu, nurodančiu, kiek laiko dera vadovautis viena strategija ir kada jos atsisakyti kitos labui. Atstovaujamosios demokratijos institutas yra netobulas mechanizmas, skirtas siekti bendrosios gerovės; jis efektyvus (kiek gali būti efektyvus), kai funkcionuoja tarsi juodoji dėžė, kurioje konkuruoja įvairių rūšių politiniai interesai, ir per ilgą laiką (jeigu bendruomenę lydi sėkmė), tarsi kokiai nematomai rankai vedant, artėjama bendrojo gėrio link ar bent jau priartėjama prie jo labiau, negu – kaip mes galime pagrįstai manyti – priartintų kitoks mechanizmas. Šis mechanizmas yra pavyzdys to, ką Rawlsas vadino procedūriniu teisingumu,[1] ir galbūt, kaip parodo šis aprašymas, nepaisant gerovės ekonomistų ir utilitaristų partijos teoretikų pastangų, mes negalime sukurti jokio nepriklausomo neinstitucinio bendrosios gerovės apibrėžimo, o vietoj to turime remtis kokia nors intuityvia idėja, kad bendrąją gerovę sudaro tai, ką toks gerai veikiantis mechanizmas sukuria. Žinoma, esama kitų argumentų, ginančių teisėkūrą kaip neatsiejamą nuo atstovaujamosios demokratijos, kaip antai argumentas, jog ši institucija numato platų politinį dalyvavimą, kuris yra gėris pats savaime, arba dėl komunos jausmų, kuriuos ji skatina. Tačiau argumentas, grindžiamas procedūriniu teisingumu, yra argumentas, kurį turėjau galvoje, kai sakiau, kad demokratijos teorija leidžia prieštarauti teisėjams, sprendžiantiems bylas politinės nuostatos pagrindais, bet kad tie prieštaravimai negalioja, kai teisė-

[1] Žr. J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971).

jas sprendžia principo pagrindais. Aš nesakiau manąs, kad politiko pašto krepšys teikia jam techninę informaciją arba informaciją apie socialinės nelygybės dinamikos kreivės pavidalą, kurios neturi teisėjas, bet veikiau, – kad ji palenkia jį politinio spaudimo svoriui, spaudimo, kurio atžvilgiu teisėjas turi imunitetą, ir tai yra teisinga.

Dabar lieka apsvarstyti pačią aiškiausią Greenawalto normatyvinę poziciją. Jis mano, kad net jei aš esu teisus sakydamas, jog teisėjai sudėtingas bylas dažniausiai sprendžia remdamiesi principo argumentais, iš tikrųjų nėra tikros priežasties, kodėl jie negalėtų tokių bylų kartais spręsti remdamiesi politinėmis nuostatomis[1]. Daugiausia jis remiasi keistokais neteisiniais hipotetiniais pavyzdžiais. Paprastai hipotetiniai pavyzdžiai sukelia intuicijas, kurias tuomet galima išmėginti teorija. Tačiau kai pavyzdžiai yra fantastiški, jų keliamos intuicijos dažnai taip pat yra netikros, jeigu jie apskritai kelia kokių nors intuicijų. Ar genties taryba manė, kad nors moralinės visuomenės tradicijos, deramai suprastos, leido Lojančiam Šuniui *(Barking Dog)* užmušti Gudriąją Lapę *(Crazy Fox)*, tikros moralės požiūriu jis neturėjo moralinės laisvės tai padaryti?[2] Jeigu ji taip manė, tai susidūrė su konfliktu tarp institucinės teisės ir moralinės pareigos, o ne su paprastu konfliktu tarp institucinės teisės ir socialinės gerovės. Tačiau jeigu taryba manė, kad, atsižvelgiant į visas aplinkybes, Lojantis Šuo turėjo ir moralinę, o ne tik institucinę laisvę daryti tai, ką jis padarė, tai mano intuicija sako, jog jie buvo neteisūs jį nubausdami, nors pareikalavo atitaisyti skriaudą. Idealus tarybos sprendimas būtų buvę imtis įstatymų leidėjo iniciatyvos: paskelbti reformuojamąsias normas, kurias jie manė turį galią nustatyti ateičiai. Panašiai ir Greenawalto pirmojo pasavimo *(forward pass)* argumentas reikalauja vien tik ateityje galiojančios *(prospective only)* teisėkūros[3]. Teisėjas mano, kad pasuojanti komanda neturėjo teisės to daryti ir kad sprendimas jos naudai pažeis teisėtus kitos pusės lūkesčius – teisėtus ne dėl to, kad klausimas nekėlė jokios abejonės, o dėl to, kad (kaip mano teisė-

[1] Žr. Greenawalt, 1052.

[2] Žr. Greenawalt, 999–1001.

[3] Žr. Greenawalt, 998–999.

jas) komanda iš tikrųjų turėjo teisę, jog nebūtų pasuojama. Jeigu (o tai neįtikėtina) nėra jokių kitų priemonių pakeisti komerciškai svarbaus populiaraus sporto normas, išskyrus pareigūnų melavimą, – tai yra trūkumas, tačiau mano intuicija man neleidžia daryti prielaidos, kad besiginančioji komanda dėl to vėliau turėtų kęsti neteisybę. Aš įtariu, kad Greenawaltas nejžvelgia neteisingumo, nes mano, jog moralinę institucinės teisės svarbą menkina tai, ką numato teisė, todėl kai yra abejojama, ar teisė egzistuoja, nėra neteisėta ją ignoruoti, net jeigu ji egzistuoja. (Šis klaidingas supratimas, kaip matysime, būdingas antrajai profesoriaus Munzerio straipsnio daliai[1].)

Savo esė pabaigoje Greenawaltas pateikia keletą bylų pavyzdžių, kuriose, jo manymu, teisėjai gali nenusižengdami deramumui ignoruoti juridines teises kartais politinės nuostatos labui, o kartais konkuruojančių moralinių teisių labui. Jo įsivaizdavimu, nusvers politinė nuostata, jei aplinkos taršą reglamentuojantis „prastai parašytas" įstatymas civilinėje byloje kelia problemų dėl to, ar jis apima tam tikrą aptariamąją praktiką[2]. Greenawaltas mums sako, kad jeigu atvejis iškilo tuoj po to, kai įstatymas buvo priimtas, teisėjas būtų galėjęs „nenusižengdamas deramumui" nuspręsti, jog įstatymas tos veiklos neapima, bet ir kad teisėjas galėtų „deramai" nuspręsti priešingai po keleto ar keliolikos metų, jeigu viešoji nuomonė pasikeitė, tačiau „visa reikšminga teisinė medžiaga liko nepakitusi". Tai skamba labai mįslingai. Jeigu teisinis klausimas priklauso nuo aptariamosios praktikos pasekmių bendruomenei (o tai, kaip matėme, būtų labai tikėtinas dalykas, jei atvejis buvo bendrosios teisės atvejis, ir įstatymo atveju – o taip beveik garantuotai yra šiuo atveju[3]), tai šios pasekmės yra „teisinės medžiagos" dalis; jeigu metams einant pasekmės nepasikeitė, sunku suprasti, kodėl sprendimas, kuris yra „deramas" dabar, nebuvo „deramas" tąsyk.

---

[1] Žr. 3-ią skirsnį toliau.

[2] Žr. Greenawalt, 1048.

[3] Greenawaltas savo esė argumentuoja, kad teisėjai, interpretuodami įstatymus, privalo naudoti politinės nuostatos argumentus. Regis, jis nėra įsisąmoninęs mano argumento apie tai. Žr. p. 161.

Žinoma, tai, jog labiau tikėtina, kad šis konkretus teisėjas ir teisinė bendruomenė kaip visuma atsižvelgtų į nepageidaujamas pasekmes, bendruomenei ėmus jomis piktintis, yra suprantama; tačiau šitai tik argumentuoja, jog labiau tikėtina, kad sprendimas bus deramas dabar, negu buvo tikėtina tąsyk, o tai yra kas kita. Taip pat įmanoma, kad bendruomenė kokiu nors būdu priešintųsi deramam sprendimui anksčiau, tačiau pasirengusi jį priimti dabar; bet ir šitai yra kitas dalykas.

Greenawaltas taip pat remiasi tikra, *City of El Paso v. Simmons*[1] byla, kurioje, kaip jis mano, Aukščiausiasis teismas, „be abejonės", pažeidė politines teises, konstitucijos garantuojamas bendrosios gerovės interesų labui, ir pažymi, kad Aukščiausiojo teismo teisėjo Blacko atskiroji nuomonė atitinka tokią teismo sprendimo charakterizaciją. Žinoma, visai kitas klausimas yra klausimas, ar teismo dauguma manė, kad tai, ką ji daro, yra taip charakterizuotina. Aš taip nemanau, ir, žinoma, daugumos nuomonės leksika tvirtai paneigia tokį kaltinimą, kuris, anot jo paties, būtų lemiamas, jeigu būtų teisingas. Tačiau, regis, Greenawaltas mano, jog net jei priklausantys daugumai būtų manę, kad konstitucija garantuoja tai, ką Teksaso valstija atėmė, jie būtų buvę teisūs, jei būtų laikęsi nuošalumo pozicijos, su sąlyga, kad jie pritaria Teksaso politinės nuostatos argumentams. Šitai man atrodo labai neįprasta.

Likusieji Greenawalto atvejai yra atvejai, kai, jo manymu, teismai būtų teisūs, ignoruodami juridines teises konkuruojančių moralinių teisių labui. Tokie atvejai, žinoma, vadinamosioms politinės nuostatos byloms kelia visai kitokius klausimus. Kaip pavyzdį jis pasitelkia tas prieš Pilietinį karą nagrinėtas pabėgusių vergų bylas[2], kurias aš aptariau naujos profesoriaus Coverio knygos recenzijoje.[3] Aš sakiau, kad dauguma iš tų bylų (ypač tos, kurios susijusios su tinkamo proceso nuostatos interpretacija) buvo išspręstos neteisingai būtent tei-

[1] 379 U.S. (1965), aptaria Greenwaltas, 1049.

[2] Žr. Greenawalt, 1050.

[3] Žr. Dworkin, „The Law of the Slave Catchers" (R. Coverio kn. *Justice Accused* (1975) recenzija), *Times Literary Supplement*, 5 Dec. 1975, p. 1437.

sės taikymo požiūriu ir kad tai, jog teisėjai, kurie smerkė vergovę, nepajėgė priimti teisingo sprendimo pabėgusių vergų naudai, galima prisikirti jurisprudencijos nesėkmei. Regis, jog Greenawaltas nepritaria tokiai nuomonei, tačiau šiame kontekste tai nesvarbu, nes aš nenoriu neigti, kad galima rasti realių atvejų, atspindinčių tikrus konfliktus tarp juridinių ir moralinių teisių, – jeigu ne Amerikoje, tai bent jau diktatoriškose šalyse, nacistinėje Vokietijoje, o dabar Pietų Afrikoje, – į kurias dažnai krypsta jurisprudencijos žvilgsnis.

Mano požiūriu, juridinės teisės yra institucinės teisės, o šios yra tikros teisės, kurios teikia svarbų ir dažniausiai labai stiprų pagrindą politiniams sprendimams. Pamatinės moralinės teisės *(background moral rights)* įvairiais mano aprašytais būdais dalyvauja nustatant kokias juridines teises žmonės turi, kai standartinė medžiaga teikia neaiškią orientaciją, ir todėl kai kurių pozityvistų tezė esą juridinės teisės ir moralinės teisės – konceptualiai skirtingos, yra klaidinga. Tačiau, žinoma, esama atvejų, kai institucinė teisė *(right)* yra aiškiai nustatyta įtvirtintos teisinės medžiagos, tokios kaip įstatymas, ir akivaizdžiai konfliktuoja su pamatinėmis moralinėmis teisėmis. Šiais atvejais teisėjas, siekdamas daryti tai, kas yra moraliai teisinga, susiduria su įprastos rūšies konfliktu: institucinė teisė teikia tikrą pagrindą priimti tam tikrą sprendimą – pagrindą, kurio svarba bus skirtinga priklausomai nuo bendrojo sistemos kaip visumos teisingumo arba sugedimo, – tačiau tam tikri moralės motyvai teikia svarbų pagrindą nepriimti to sprendimo. Jeigu teisėjas nusprendžia, kad pagrindas, teikiamas pamatinių moralinių teisių, yra toks stiprus, jog jis, teisėjas, turi moralinę pareigą daryti ką išgali paremti šioms teisėms, tai gali būti, kad jis privalės meluoti, nes negali niekuo padėti tol, kol jis nesuprantamas kaip sakąs, – savo oficialaus vaidmens vardu, – kad juridinės teisės yra kažkas kita nei tai, kas, jo įsitikinimu, jos yra. Žinoma, jis galėtų išvengti melo atsistatydindamas, nors paprastai tai duos labai mažai naudos, arba neatsistatydinti ir viltis, – kad ir kokie menki būtų jo šansai, – jog jo nuomonė, pagrįsta moraliniais pagrindais, turės tą patį praktinį efektą, kokį turėtų melas.

Tačiau aš sutinku su profesoriumi Hartu[1], kad būtų neišmintinga šį melą padaryti jurisprudencinės teorijos dalyku, sakant, jog tokiu atveju juridinės teisės iš tikrųjų yra tik tai, ko reikalauja moralė. Šitokiu atveju tinkamai elgiamės pateikdami teisingą teiginį, būtent – kad juridinės ir moralinės teisės čia konfliktuoja. Nėra jokio reikalo atsisakyti šio teiginio sunkiosiose bylose. Jeigu institucinė juridinė teisė konfliktuoja su morale, nors moralė turi turėti lemiamą įtaką teisingam atsakymui sunkiojoje byloje, tai jurisprudencija privalo tiksliai įvardyti konfliktą, palikdama teisėjui tiek sunkų moralinį sprendimą, kurį jis tuomet turi padaryti, tiek ir galimybę meluoti, kurios jis gali būti priverstas griebtis.

Nesu tikras dėl Greenawalto ketinimų ir nežinau, ar jis nesutiktų su kuo nors iš to, kas čia pasakyta, ir kokiu mastu jis mano, jog pasakiau kažką priešinga. Jis sako, kad tuo atveju, kai juridinės ir moralinės teisės konfliktuoja, būtų neteisinga manyti, jog teisėjo teisinė pareiga yra priimti sprendimą juridinės teisės naudai[2]. Kokį skirstymą jis čia turi galvoje? Galbūt, jog moralinį konfliktą, su kuriuo tokiu atveju susiduria teisėjas, norėsime aprašyti atskirdami jo „teisinę" prievolę spręsti juridinių teisių naudai nuo jo „moralinės" arba „bendrosios" (*overall*), arba „galutinės" pareigos, kuri gali iš jo pareikalauti ignoruoti juridines teises. Tačiau šitai nėra tas skirstymas, kurį mini Greenawaltas, nes jis teigia, kad teisėjo gali nesaistyti teisinė pareiga įgyvendinti juridines teises. Galbūt „teisinės pareigos" sąvoką jis vartoja reikšti visa apimančią arba galutinę pareigą, o tokiu atveju, – nors tikėtina, kad tokia vartosena iš pažiūros yra klaidinanti, – jis nesiginčija su manimi. O gal jis šitaip nori prisidėti prie tų, kurie laikosi pažiūros, kad juridinės ir moralinės pareigos, deramai suprastos, niekuomet negali konfliktuoti. Bet tuomet jis prieštarauja savo paties prielaidai, kad būtent šiais atvejais jos konfliktuoja.

---

[1] Žr. Hart, „Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harv. L. Rev.* 593 (1958).

[2] Žr. Greenawalt, 1051.

D. Diskrecija

Naudodamasis šia proga, aptarsiu Greeanwalto argumentą, pateiktą ne iki šiol diskutuotoje esė, o kitoje ilgoje esė apie mano kūrybą, publikuotoje prieš keletą metų[1]. 2-ame skyriuje išskiriu tris „diskrecijos" reikšmes ir identifikuoju „griežtąją" prasmę. Teisėjai turi diskreciją, ta griežtąja prasme, tik kai nė viena iš šalių neturi teisės į sprendimą savo naudai. Keletas skyrių aiškina, kad teisėjai paprastai neturi diskrecijos – ta griežtąja prasme – spręsdami teisės ieškinius paprastose civilinėse bylose, kad ir kokie prieštaringi tie ieškiniai būtų. Greenawalto esė siūlo mano įvairių filosofinių argumentų apibendrinimą. Jis sako, kad jeigu mes paisome „kasdieniam diskursui" būdingo „diskrecijos" termino arba galvojame, ką „prasminga" kalbėti tam tikruose kontekstuose, tai pamatysime, kad idėja, jog teisėjai paprastai neturi diskrecijos sudėtingoje byloje, „yra paprasčiausiai neteisinga".

Štai du svarbiausieji Greenawalto argumento teiginiai. „Įprasta prasme diskrecija egzistuoja, jeigu yra daugiau negu vienas sprendimas, kuris bus laikomas deramu tų, kuriems sprendimo autorius yra atsakingas, ir sprendžiantysis arba negali parinkti jokio pritaikyti galimo išorinio standarto, arba turimi standartai neteikia aiškių atsakymų į klausimą, kurį reikia išspręsti. Jeigu aš teisus dėl kasdienio diskurso, nėra tinkamo pagrindo vartoti terminą „diskrecija" aprašant teisėjų atsakomybę teisės bylose." „Kai autoritetingi standartai neteikia aiškių atsakymų, kai teisėjas turi remtis ginčytinais asmeniniais vertinimais, kad išspręstų bylą, ir kai daugiau nei vienas rezultatas bus visuotinai laikomas patenkinamu jo kaip teisėjo atsakomybės įgyvendinimu, tai nėra prasminga sakyti, jog teisėją saisto pareiga pasiekti vienokį rezultatą, o ne kitokį; teisės dalykuose jis turi diskreciją rinktis iš jų."

Šie du teiginiai (kurie, mano supratimu, yra skirtingi būdai pasakyti tą patį dalyką) slepia svarbią dviprasmybę. Įsivaizduokime atve-

[1] Greenawalt, „Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges", 75 *Colum. L. Rev.* 359 (1975).

jį, kai „autoritetingi“ arba „išoriniai“ standartai neteikia „aiškaus atsakymo“, todėl teisėjas turi remtis „diskutuotinais asmeniniais vertinimais“. (Darau prielaidą, kad šitai reiškia tik tai, jog mano žodyne tai vadinama sudėtinga byla.) Pagal cituotuosius teiginius, teisėjas turės diskreciją nuspręsti vienaip arba kitaip, jeigu daugiau nei vienas sprendimas – kiekvienas iš jų – bus visuotinai suvokiamas kaip „deramas“ arba „patenkinamas“ teisėjo atsakomybės „realizavimas“. Dviprasmybė glūdi frazėse „deramas“ ir „patenkinamas realizavimas“. Ar jos reikalauja, kad du sprendimai būtų laikomi *vienodai pagrįstais (equally sound)* ar tik kad abu *būtų verti pagarbos*, t. y. abu – sprendimai, kuriuos tikrai galėtų padaryti kompetentingas, atsakingas ir sąžiningas teisėjas? Moralinė praktika išskiria šias dvi idėjas. Kas nors, kas tiki (net karštai), kad valgantys mėsą žmonės pažeidžia gyvūnų teises, galėtų pripažinti, kad šiai pažiūrai paremti neturi argumento, kuris būtinai įtikintų bet kurį dorą asmenį, ir todėl tas, kuris įdėmiai apsvarstė jo argumentus, tačiau lieka neįtikintas ir toliau valgo mėsą, elgiasi atsakingai, nors tai, ką jis daro, pažeidžia kitų teises.

Ši perskyra ypač svarbi teisės kritikoje. Aš galiu manyti, kad Aukščiausiasis teismas padarė klaidingą sprendimą (pavyzdžiui) *Rodriguiz* byloje, ir vis dėlto neigti, kad teisėjų padarytas sprendimas buvo toks akivaizdžiai neteisingas – arba būdas, kuriuo jie jį padarė, buvo taip akivaizdžiai netinkamas, jog būtų teisinga sakyti, kad jie elgėsi neatsakingai. Aš galėčiau sakyti, kad nors ieškovų klasė turėjo juridinę teisę laimėti, mano nuomone, sprendimas jų nenaudai vis tiek yra priskirtinas deramų sprendimų grupei, ir šiuo požiūriu teismas pasielgė deramai. Ši perskyra – ir piliečių sugebėjimas ją sukurti – turi labai didelę praktinę svarbą užtikrinant pagarbą teisei, kai tenka priimti prieštaringus sprendimus.

Taigi turime rinktis vieną iš dviejų Greenawalto teorijų apie kasdienį „diskrecijos“ vartojimą ir apie tai, ką prasminga sakyti, interpretacijų. (1) Griežtoji diskrecija egzistuoja tuomet, kai plačiai manoma, kad nė viena pusė neturi teisės laimėti, t. y. kad bet kuris sprendimas yra – šalių teisių atžvilgiu – vienodai teisingas. (2) Griežtoji

diskrecija egzistuoja tuomet, kai plačiai manoma, kad daugiau negu vienas sprendimas gali būti sąžiningos ir atsakingos pastangos padaryti teisingą sprendimą apie šalių teises rezultatas.

Interpretacija (2) būtų priimtinas paaiškinimas to, ką pavadinau pirmąja „silpnąja" diskrecijos prasme. (Aš sakiau, kad teisėjas turi diskreciją ta silpna prasme, „jeigu jo pareiga yra apibrėžiama standartų, kuriuos mąstantys žmonės gali interpretuoti skirtingai"[1]. Tačiau interpretacija (2) yra nekoherentiška kaip griežtosios diskrecijos prasmės paaiškinimas. Mat ji suteikia laisvę sakyti, kad teisėjas turi diskreciją, nors viena iš šalių, atsižvelgiant į visas aplinkybes, turi teisę į sprendimą, kurio siekia. Tarkime, jog interpretacijos (2) advokatas pamėgina užbėgti už akių šiam prieštaravimui argumentuodamas, kad (2) taip pat yra korektiškas teisės į sprendimą paaiškinimas remiantis „kasdieniu diskursu". Pagal šį paaiškinimą, viena šalis turi teisę į sprendimą tik tuomet, kai yra neteisinga bet kurį iš sprendimų laikyti gerbtinu. (Greenawaltas siūlo šį papildymą, kai sako: „Tačiau itin sunkiais atvejais nė vienas iš besibylinėjančiųjų neturi „teisės" *(is not 'entitled')* į rezultatą, kurio jis nori". Kabutės prie žodžio apie „teisę" *('entitled')* (originale) daro prielaidą, kad čia vartojama tam tikra kasdienė kalba. Šitai problemą tik pasunkina, nes teisininkai, kurie nori įžvelgti ką tik minėtą skirstymą ir sako, kad pareiškėjai *Rodruiguiz* byloje, atsižvelgiant į visas aplinkybes, turėjo teisę laimėti, nors sprendimas tikrai nebuvo neatsakingas, dabar negali sukurti to skirstymo neprieštaraudami sau.

Tad turime tenkintis interpretacija (1). Diskrecija egzistuoja tuomet, kai dauguma teisėjų mano, kad nė viena iš šalių neturi teisės laimėti ir todėl kiekvienas sprendimas yra vienodai teisingas. Šitai, žinoma, nėra tas pats kaip trečioji galima pirminių teiginių interpretacija; (3) Diskrecija egzistuoja tuomet, kai daugiau negu vieną sprendimą korektišku laikytų kokia nors grupė, t. y. jeigu kiekvienas iš dviejų sprendimų turi esminę teisėjų paramą. *Ši* situacija, manyčiau, paprastai apibūdina sunkiąsias bylas. Tačiau jeigu kas nors pasiūlytų

[1] Žr. p. 109–110.

interpretaciją (3) kaip „kasdieniame diskurse" vartojamos „diskrecijos" sąvokos išaiškinimą, tai jis padarytų nekoherentiška tai, ką kiekvienas iš teisininkų tokiu atveju nori pasakyti. Kiekvienas nori pasakyti, jog, nepaisant to, kad labai didelė teisininkų dalis mano priešingai, viena šalis turi teisę laimėti, ir teisėjas neturi diskrecijos nuspręsti prieš tą šalį.

Jeigu interpretacija (1) būtų korektiškas diskrecijos išaiškinimas, tuomet tai, ar aš „paprasčiausiai klystu" (manydamas, kad diskrecija retai egzistuoja sprendžiant juridinių teisių klausimus), priklausys nuo fakto klausimo, ar tokiais atvejais teisininkai dažnai sutaria, kad jokia iš šalių neturi teisės laimėti. Esu tikras, kad dažniausiai jie nesutaria, bet aš galiu klysti. Tačiau tai nesvarbu, nes interpretacija (1) negali būti korektiškas diskrecijos paaiškinimas. Ji nedaro natūralios perskyros tarp plačiai paplitusios *nuomonės,* kad teisėjas turi diskreciją, ir *fakto,* kad jis ją turi. Priešingai, pagal ją, faktą konstatuoja tos nuomonės populiarumas *(it makes the fact consist in the popularity of the belief).* Tačiau esama plačiai pripažintų problemų bet kokioje teorijoje, kuri kokio nors fakto egzistavimą sutapatina su manymu, kad tai yra faktas. Kas yra tai, kuo tikima, pagal šį paaiškinimą, kai manoma teisėjus turint diskreciją? Šitaip manantis mano, kad kiti mano, jog nė viena iš šalių neturi teisės laimėti. Tačiau tai reiškia, kad jis mano, jog kiekvienas iš jų mano kitus manant, kad nė viena iš pusių neturi teisės laimėti, ir t. t. Visai nepriklausomai nuo šių akivaizdžių loginių prieštaravimų, interpretacija (1) prieštarauja kasdienei vartosenai. Mat vienas teisininkas gali visiškai prasmingai sakyti, kad kiekvienas iš dviejų sprendimų yra vienodai korektiškas ir kad todėl teisėjas turi diskreciją, nors jis ir žino, jog niekas daugiau tam nepritaria (galbūt dėl to, kad jie yra blogų teisėjavimo teorijų aukos). Tačiau pagal Greenawalto tezę (suprastą kaip interpretacija (1)), tas teisininkas būtinai yra neteisus ir iš tiesų kalba nesąmones.

Taigi šioks toks atitaisymas yra būtinas. Tačiau tik vienas vienintelis pataisymas duos rezultatų. Turime pašalinti nuorodas į tai, kuo plačiai tikima, ir tuomet tezė virsta teze, jog diskrecija egzistuoja tuomet, kai du sprendimai yra vienodai korektiški (o ne tik mano-

ma, kad jie tokie yra), nes nė viena iš pusių neturi teisės į sprendimą tuo reikalu. *Šiai* tezei pritariu be jokių išlygų. Tai tiesiog vienas iš būdų pradėti aiškintis tai, ką aš laikau stipriąja diskrecijos prasme. Tačiau niekas negali remtis ta teze, gindamas tvirtinimą – be jokio papildomo argumento – kad yra paprasčiausiai klaidinga teigti teisėjus neturint diskrecijos sudėtingose bylose. Tą teiginį privalu sutvirtinti arba filosofiniais argumentais, kurie parodo, *a priori,* kad nė viena iš pusių negali turėti teisės laimėti sudėtingos bylos, arba teisiniais argumentais, kurie gretindami bylas, parodo, kad argumentai bet kurios iš pusių teisės naudai nėra stipresni už argumentus kitos pusės teisės naudai. Aš aptariau tokių argumentų galimybę 13-ame skyriuje bei straipsnyje „Teisingo atsakymo nėra?". Kiek žinau, Greenawaltas tokio argumento nėra pateikęs.

3. MUNZERIS IR TEZĖ, JOG TEISINGO ATSAKYMO NĖRA (NO RIGHT ANSWER)

A. Teisingo atsakymo nėra?

Kai racionalūs žmonės nesutaria kokiu nors teisės klausimu ir nesutaria dėl testo, kuris nesutarimą išspręstų, jeigu visi fiziniai faktai ir faktai apie protinę būseną būtų žinomi, ar jų nesutarimas gali būti tikras? Ar veikiau turėtume sakyti, kad teisingo atsakymo į ginčijamąjį klausimą nėra? Pastarasis požiūris yra populiarus tarp teisininkų akademikų ir vyrauja didžiojoje dalyje moderniosios jurisprudencijos. Jis taip pat turi savo šalininkų filosofijoje, nors joks man žinomas filosofas nemano, kad klausimas yra toks paprastas, kaip atrodo maną teisininkai. Aš parašiau straipsnį[1] ir 13-ą šios knygos skyrių, mėgindamas parodyti šio klausimo sudėtingumą, taip pat parodyti, kad teisėje nebuvo pateikta jokio gero argumento parengti tezei, kad teisingo atsakymo nesama. Straipsnyje teigiu, kad teisininkai iki šiol neskyrė dviejų jų teiginio versijų. Pagal pirmąją versiją, du teisinin-

[1] Žr. Dworkin, „No Right Answer?", kn.: P. Hacker and J. Raz (eds), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, p. 58 ir toliau; išplėsta versija pasirodys artimiausiame *New York University Law Review* numeryje.

kai, diskutuojantys, ar ieškovas turi teisę į sprendimą, ar, kita vertus, atsakovas turi teisę laimėti, abu gali būti neteisūs, nes teisingas atsakymas yra tas, kad nė viena iš šalių neturi tiesės laimėti. Pagal antrąją versiją, nė vienas iš teisininkų nėra teisus, tačiau nė vienas nėra ir neteisus; tai, ką kiekvienas iš jų sako, nėra – dėl kokios nors priežasties – nei teisinga, nei klaidinga.

Kaip praktikos, kuriai kartais būtų galima pritaikyti antrąją tezės versiją, pavyzdį aš pateikiau literatūrinį pratimą, kurio metu dalyviai diskutuoja, pavyzdžiui, apie tai, ar Deividas Koperfildas iš tikrųjų mylėjo savo motiną arba ar jo kraujas buvo A grupės. 13-ame skyriuje pateikiau tolesnę perskyrą tarp dviejų skirtingų požiūrio taškų, iš kurių galėtų būti pateiktas sprendimas, kad koks nors klausimas neturi teisingo atsakymo antrosios versijos požiūriu. Tas sprendimas gali būti pateiktas kaip vidinis sprendimas, kuris atsakymą, jog „teisingo atsakymo nėra", laiko vienu iš galimų atsakymų, pajėgiu konkuruoti su kitais, tačiau sykiu atsakymu, kuriam, atsižvelgus į visas aplinkybes, teiktina pirmenybė kitų atžvilgiu. Tarkime, jog literatūros kritikas sako, kad nors jis mano, jog Deividas iš tikrųjų nekentė savo motinos, nepaisant to, kad dauguma kitų kritikų yra kitos nuomonės, jis taip pat mano, jog į klausimą ar Deivido kraujas buvo A grupės, nėra teisingo atsakymo, nes pasakojime apie tai nieko nesakoma nei teigiamai, nei neigiamai. Tokiu būdu sprendimą, jog teisingo atsakymo nėra, jis prieina iš projekto vidaus, kaip dalyvis, taikantis jo standartus taip, kaip juos supranta. Bet tarkime, kad filosofas sako, jog joks teiginys apie fiktyvų pobūdį negali būti nei teisingas, nei klaidingas niekaip kitaip, išskyrus tradicijos arba kokios kitos susitarimo formos dėka, ir jog dėl to joks teiginys, dėl kurio kritikai nesutaria, toks kaip teiginys, kad Deividas tikrai nekentė savo motinos, negali būti teisingas arba klaidingas. Jis bent jau nori užimti poziciją, išorišką projekto atžvilgiu; savo sprendimo, kad teisingo atsakymo į klausimą apie Deivido motiną nėra, jis nelaiko konkuruojančiu su kitais dviem galimais sprendiniais ir reikalaujančiu paramos iš tos pačios rūšies argumentų kaip tie, kuriuos mėgina pasitelkti kiti sprendiniai. Jo mintis yra ta, kad mėginimas pateikti

šios rūšies argumentą bet kokiam teiginiui apie fiktyvų charakterį paremti kyla iš klaidingo supratimo, nulemto filosofinių priežasčių, nes tokio teiginio teisingumą arba klaidingumą gali konstatuoti tik sutarimas.

Mano argumentai turi parodyti, kad bet kokia prasminga teisei taikoma tezės, kad teisingo atsakymo nėra, versija privalo būti pagrįsta ne šia išorine, kritine laikysena, o vidiniais sprendiniais, tokiais kaip tas, kurį literatūros kritikas gali pateikti apie Deividą. Tai reiškia, kad tezė, jog teisingo atsakymo nėra, yra tezė apie konkrečius teisinius dalykus, ji teigia, kad atsakymas, jog teisingo atsakymo nėra, vertingumo atžvilgiu konkrečiais atvejais yra geresnis atsakymas negu kiti galimi atsakymai. Aš nurodžiau priežastis, leidžiančias manyti, kad tezė, jog teisingo atsakymo nėra, retai bus teisingas atsakymas išplėtotoje teisinėje sistemoje, nors, aišku, mano bendroji teisėjavimo teorija aiškiai nurodo galimybę, kad kartais tas atsakymas bus teisingas atsakymas.

Turiu pakartoti, kad šie klausimai yra nepaprastai sudėtingi. Nenoriu savo reziume pateikti kaip daugelio esė argumentų, kurie čia reziumuojami, pakaitalo, taip pat suvokiu, kad tos esė tik paviršutiniškai apžvelgia keblius ir ginčijamus kalbos filosofijos klausimus. Turėsiu parašyti daugiau negu esu ta tema parašęs. Tačiau argumentai, kuriuos pateikiau šiose esė, buvo sumanyti parodyti, kad vienas argumentas paremiantis tezę, jog teisingo atsakymo nėra, yra per paprastas. Dar niekas nėra įrodęs, kad faktas, jog mąstantys žmonės nesutaria dėl kokio nors teiginio, ir dėl testo, kuris nulems tolesnę analizę, reiškia, jog teiginys vien tik dėl šios priežasties nėra nei teisingas, nei klaidingas. Profesorius Munzeris dabar atsako į tai. Jis teigia, kad aš negaliu būti teisus, nes mano pateiktuose pavyzdžiuose mąstantys žmonės nesutaria ir netgi nesutaria dėl testo, nulemiančio tolesnę analizę[1].

Prisipažįstu, kad nežinau, kaip būtų geriausia tęsti diskusiją su juo. Norėčiau, kad jis būtų atsižvelgęs į mano pasiūlytus skirstymus

[1] Žr. Munzer, „Right Answers, Pre-existing Rights and Fairness", 11 *Ga. L. Rev.* 1055, 1060 (1977).

ir pasakytų kurią tezės versiją jis nori tvirtinti, arba kodėl, – jeigu šitai yra tai, ką jis mano, – perskyros, kurias aš siūlau, nėra naudingos. Norėčiau, kad jis būtų atsižvelgęs į argumentus, mano pateiktus prieš jo paprastą teiginį, jog nesutarimas iš principo reiškia tiesos kriterijaus nebuvimą. Į tokią argumentaciją galiu atsiliepti tik parodydamas, kaip Munzerio pastabos veikiau iliustruoja, o ne paneigia argumentus, kuriuos jau pateikiau.

Kadangi Munzeris pritaria analogijai tarp teisės ir literatūros kritikos, bent jau tuo mastu, kurį pateikia jo teikiamas argumentas, visai įmanoma, kad jis norėtų apginti antrąją tezės, jog teisingo atsakymo nėra, versiją ir apginti ją iš vidaus. Pavyzdžiui, jis aptaria klausimą, ar Megė Verver žinojo apie naująjį romaną tarp Šarlotės ir Princo, ir sako, kad

> literatūros kritikai gali sėkmingai pateikti esminių įrodymų abiems ginčo pusėms. [...] Labai tikėtina, kad neegzistuoja jokio teisingo atsakymo į šiuos klausimus arba tūkstančius kitų, kurie yra iškeliami apie literatūros kūrinius. [...] Galėtume pasakyti, jog esama alternatyvių fiktyvių galimų pasaulių, pasižyminčių palyginti galimu įtikimumu, kuriuose galioja teiginys arba jos neigimas[1].

Žodžiai „esminių" ir „palyginti galimu" čia kelia sunkumų. Ar pats Munzeris (kuris yra perskaitęs romaną ir mąstė tuo klausimu) mano, kad, atsižvelgiant į visas aplinkybes, įrodymai yra ne tik esminiai abiems pusėms, bet ir ekvivalentiškos galios, todėl du galimi pasauliai, apie kuriuos jis galvoja, yra ne tik „palyginti galimo", bet ir „vienodo" įtikimumo? Sakydamas „ekvivalentiška galia" ir „vienodas įtikimumas", aš turiu galvoje ne tą patį skaičių žymintį tašką kokioje nors skaičiavimo skalėje, o tik tai, kad abiejų pusių argumentai taip tiksliai atsveria vienas kitą, jog nėra jokio pagrindo teikti pirmenybę nė vieniems iš jų, o tai, žinoma, yra stipresnis argumentas negu tas, jog abi pusės yra „palyginti galimo" įtikimumo. Jeigu taip,

[1] *Ibid.*, 1957.

tai Munzeris nesutaria su visais savo nurodomais literatūros kritikais, iš kurių kiekvienas mano, kad vienos ar kitos pusės argumentai yra stipresni, nors, žinoma, jie nesutaria tarp savęs, kurios gi. Galbūt jis teisus tuo požiūriu, kiekvienas romano skaitytojas turės apsispręsti pats, ir kai kurie gali sutikti su Munzeriu, o ne su kritikais. Tačiau jeigu nepopuliarumas apskritai yra įrodymas, kad pozicija yra klaidinga, tai būtent Munzeris, o ne kuri nors iš kritikų grupių, vienijamų oponavimo jam, labiausiai nukenčia dėl to įrodymo. (Reikalo nekeičia tai, kad, kaip sako Munzeris, kiekvienas kritikas remsis ne šiaip nuoseklumo kriterijais, bet tais kontroversiškais jo minimais literatūros kritikos kriterijais. Greičiausiai Munzeris turi galvoje šių kriterijų pasirinkimą ir taikymą, kai sako, kad abiejų pusių argumentai yra esminiai ir galimi palyginti, – argumentas, kuris rėmėsi akivaizdžiai kvaila literatūros teorija, būtų neesminis, – ir vis tiek galime klausti, ar jis mano, kad, atsižvelgiant į šiuos samprotavimus, abiejų pusių argumentai yra ekvivalentiškos galios.)

Tačiau tarkime, jog Munzeris nemano, kad tie argumentai yra vienodos galios. Jeigu jis būtų literatūros kritikas, tai prisidėtų prie tvirtinančių, kad Megė viską žinojo, nors ir pripažįsta, jog argumentai kitoje pusėje yra „esminiai". (Jeigu jis būtų teisėjas sudėtingoje byloje, tai nuspręstų, kad ieškovas turėjo geresnį principo argumentą, nors jis ir negali atmesti atsakovo argumentų kaip trivialių.) Dabar Munzeris negali pasakyti iš vidinės pozicijos, kad teisingo atsakymo į klausimą, kurios pusės argumentai yra geresni, nėra, nes mato, jog viena pusė iš tikrųjų yra geresnė. Ar jis dabar gali pasakyti, kad palaiko ne vidinį, o išorinį kritikos požiūrio tašką? Jis galėtų sakyti, kad kai argumentai yra galimo palyginti, tačiau nebūtinai vienodo stiprumo, tai, kaip tiesos teorijos dalykas arba kaip kokio kito filosofinio svarstymo dalykas, jų remiami teiginiai negali būti nei teisingi, nei klaidingi. Tačiau tuomet Munzeris privalo atsakyti į keletą labai sunkių klausimų, įskaitant šiuos: ar teiginiai apie fiktyvius veikėjus (arba teisės teiginiai) gali kada nors būti teisingi arba klaidingi? Jeigu taip, kas gali nulemti jų tiesą arba klaidingumą? Ar ją konstatuoja sutarimo faktas, jeigu jis egzistuoja, ar tas faktas, kad

teiginys arba jo neigimas logiškai kyla iš abstraktesnio teiginio, dėl kurio susitarta? Ar kuri nors iš šių tiesos teorijų gali neprieštarauti teisininkų ir literatūros kritikų praktikai, kurie nemano, kad darydami sprendimą, jie paskelbia ar pranašauja sutarimo faktą, tiesiogiai arba netiesiogiai? Ką pats Munzeris gali turėti galvoje, kuomet kaip dalyvis sako (ar bet kuriuo atveju mano), kad viena arba kita pusė turi geresnį argumentą, nors tik šiek tiek geresnį? Kaip galime išspręsti iš pažiūros akivaizdų konfliktą tarp to, ką jis sako kaip kritikas, ir to, ką mano kaip dalyvis? Aš neteigiu, kad šiais klausimais nieko negalima pasakyti; išties esu įsitikinęs, kad daugelis filosofų mano, jog šie klausimai nėra tokie jau lemiami, kaip aš tariu. Tačiau mums reikia suprasti, kokius atsakymus pateiktų Munzeris, jei norime toliau tikrinti jo argumentus, suprasdami juos kaip teikiamus iš išorinio požiūrio taško.

Baigdamas savo argumentą tezės, jog teisingo atsakymo nėra, naudai, Munzeris pateikia, mano manymu, labai iškalbingą ir svarbų teiginį. Munzeris atkreipia dėmesį į tai, ką pavadina mano pripažinimu, „jog kai kurių teisės procesų atveju yra logiškai įmanoma neturėti unikaliai korektiškų rezultatų“[1]. Jeigu jis turi galvoje tai, jog aš manau, kad yra „logiškai įmanoma“, kad kai kuriais atvejais argumentai kiekvienos pusės naudai turi būti vienodos galios, tai yra teisus, tačiau vargu ar aš turėčiau tai vadinti pripažinimu. Tačiau paskui jis priduria štai ką: „Be abejonės, Dworkino pozicija [kad yra tikėtina, jog tokių atvejų bus nedaug] yra suderinama su tuo, jog tarp mąstančių teisininkų nesutarimų nėra daug. Tačiau didelis svarbių prieštaravimų kiekis yra stiprus empirinis įrodymas teiginio, kad sunkiosiose bylose teisingų atsakymų dažnai stokojama“[2].

Jo pavartotas žodis „empirinis“ čia remia mano prielaidą, kad jis kalba iš vidinio, o ne iš išorinio požiūrio taško. Tačiau iš vidinio požiūrio taško žvelgiant, nepaliaujama ir karšta diskusija dėl teisės teiginių vargu ar yra stiprus įrodymas prieš „Dworkino poziciją“. Munzeris iš pažiūros remiasi prielaida, kad jeigu du teisininkai nuo-

[1] *Ibid.*, 1059.

[2] *Ibid.*, 1059–1060.

širdžiai nesutaria ir nė vienas negali įtikinti kito, šitai įrodo, jog abu yra neteisūs, nes nė viena iš šalių tuomet negali turėti net ir šiek tiek geresnių argumentų. Tačiau pats Munzeris, ko gero, patirtų sunkumų įtikinėdamas *bet kurį* iš tų dviejų teisininkų, kad *tas* teisininkas esąs neteisus, ir nesutarimas tarp Munzerio ir jo būtų atkaklus ir galbūt netgi karštas. Ar tai reiškia, pagal Munzerio prielaidą, kad klaidinga yra taip pat ir *trečioji* Munzerio pažiūra? Tuomet jis liktų apskritai be nieko[1].

B. Ar tai svarbu?

Tačiau yra priežastis, kodėl klausimo, ar teisiniai klausimai turi teisingus atsakymus Munzeris nenagrinėjo, su tokiu rūpestingumu, koks, kaip manoma mano straipsnyje, yra būtinas. Kaip aiškina antroje savo esė pusėje, jis mano, kad tas klausimas neturi praktinės svarbos. Jo argumentas, tai įrodinėjantis, „priklauso [...] nuo kuklios prielaidos, kad joks praktinis interesas nebūtų susijęs su tuo, jog teisė *(right)* klasifikuojama kaip antecedentiškai egzistuojanti, jeigu iš principo negalima įrodyti jos preegzistavimo"[2], o „įrodyti" reiškia pademonstruoti tokiu būdu, kad joks mąstantis teisininkas negalėtų tam įrodymui atsispirti. Jis pripažįsta, *arguendo,* kad sudėtingoje byloje, tokioje kaip aplaidumo atvejai, kuriuos aptariau paskutiniojoje dalyje, ieškovas gali turėti juridinę teisę į nuostolių atlyginimą už patirtą žalą, net jei mąstantys teisininkai nesutaria, ar jis ją turi, tačiau kad tokiu atveju faktas, jog jis turi tą teisę, neturėtų jokios praktinės svarbos. Ši išvada savo ruožtu yra pagrįsta netikėta prielaida, jog vienintelis interesas, susijęs su teiginiu, kad teisė egzistuoja iki paskelbiant bet kokį sprendimą, yra tas, kad jeigu yra iš anksto egzistuojanti juridinė teisė, tai atsakovas gali turėti omenyje tai, jog jis turi jos nepažeisti. Kadangi tai yra vienintelis interesas, kurį mes siejame su klausimu, ar ieškovas turi juridinę teisę į žalos atlyginimą, šis klausimas netenka jokio įdo-

[1] Jeigu kritika yra sumanyta kaip išorinė, pagrįsta kokia nors filosofine tiesos teorija, tai didelis kiekis neišsprendžiamų kontroversijų būtų ne įrodymas, kad „sunkiosiose bylose dažnai nėra teisingų atsakymų", o pats faktas.

[2] Munzer, *op. cit.*, 1063.

mumo, kai teisė, – jeigu ji egzistuoja, – yra tokia kontroversiška, jog atsakovui galima atleisti tai, kad jis nežinojo, ieškovą ją turint.

Šiuo argumentu neteisingai suvokiama argumento apie teises esmė. Argumentas apie teises yra apie teises. Jeigu kas nors turi teisę į kokį nors politinį sprendimą, tai yra jau savaime stiprus ir normaliomis aplinkybėmis lemiamas teisėjo sprendimo, suteikiančio tam asmeniui nuostolių atlyginimą, motyvas. Sąsaja tarp to, kad kas nors turi teisę į sprendimą, ir to, kad esama pagrindo tą sprendimą priimti, yra ne kontingentiška, o konceptuali. Neįmanoma pateikti jokio įtikinamo paaiškinimo to, kas yra teisė *(right),* kuris neapima, – kaip to, kas įeina į pačią teisės sąvoką, – idėjos, kad jeigu kas nors turi teisę, tai kiti yra neteisūs jį traktuodami kitaip negu yra specifikuota, bent jau tuomet, kai nėra jokio stipraus tokio traktavimo pagrindimo. Bet koks kitas paaiškinimas, kas yra teisė, – tariantis, kad tai, ar kas nors turi teisę, yra vienas klausimas, o ar tai, kad jis turi tą teisę, reikalauja iš kiekvieno traktuoti jį kitaip, yra kitas klausimas, – klysta, nes materializuoja teises.

Žinoma, klausimas, ar kas nors turi tam tikrą teisę, gali būti sudėtingas, ir bet koks atsakymas gali būti prieštaringas. Tačiau klausimas, koks politinis sprendimas yra teisingas, nėra *nepriklausomas* nuo klausimo, ar kas nors turi teisę į tą sprendimą. Jeigu pastarasis klausimas yra prieštaringas, tai pirmasis klausimas turi būti, kaip tik dėl tos pačios priežasties, taip pat prieštaringas; jeigu kas nors mano, kad ieškovas aplaidumo byloje turi teisę į nuostolių atlyginimą, nors kiti ir nesutinka, tai jis taip pat turi manyti egzistuojant patį stipriausią iš visų argumentų už sprendimą ieškovo naudai, nors kiti nesutiks ir su tuo. Jeigu jis pamėgina atskirti šias dvi nuomones, tardamas – net jei taria *arguendo,* – kad ieškovas turi juridinę teisę, bet iš to neplaukia jokia išvada apie tai, ką turėtų daryti teismas, tuomet tai, ką jis sako, nėra nuoseklu. Tiek pasakytina apie teiginį, kad su klausimu, ar ieškovas turi juridinę teisę sudėtingoje byloje, negali būti susijęs joks praktinis interesas. Su tuo klausimu nesusijęs joks kitas interesas, išskyrus praktinį.

Kaip toks patyręs teisės filosofas galėjo šioje vietoje šitaip suklys-

ti? Viename lygmenyje atsakymas atrodo aiškus. Žinojimo klausimą, kuris dažnai yra svarbus veiksnys sprendžiant, ar konkretus teisėjo sprendimas yra teisingas, jis supainiojo su paties teisingumo klausimu. Argumentas apie juridines teises, netgi sudėtingoje byloje, yra argumentas apie tai, kas reikšminga teisingumui; jeigu teismas mano, kad ieškovas turi teisę, tai jis, atsižvelgdamas į visas aplinkybes, įskaitant netikėtumo klausimą, mano, kad sprendimas prieš ieškovą būtų, bent jau *prima facie,* neteisingas. Žinoma, teisių klausimas, taigi ir teisingumo klausimas, gali būti kontroversiškas. Tačiau jeigu teismo pareiga yra priimti sprendimą, teismo sprendimas apie tai, ką, atsižvelgiant į visas aplinkybes, teisinga daryti, praktiškai turi pabaigti bylą. Šitai esu nurodęs „Sudėtingose bylose", užbėgdamas už akių Munzerio minimajam argumentui, ir čia nekartosiu to, ką ten pasakiau. Tačiau gal būtų pravartu įsitikinti, koks absurdiškas atrodytų Munzerio argumentas, jeigu jis būtų primygtinai teikiamas moraliniame, o ne teisminiame kontekste. Tarkime, jog dėl savo nerūpestingumo sužalojau Jūsų nuosavybę, ir Jūs dabar sakote, kad aš neturėjau teisės elgtis taip, kaip pasielgiau, ir dabar privalau atlyginti padarytą žalą. Mes aptariame šį dalyką, ir aš dabar sutinku, kad Jūs esate teisus abiem atžvilgiais, bet sakau, kad tai įdomu tik akademiniu požiūriu ir neturi jokios praktinės svarbos, nes Jūsų teisė ir mano pareiga, kurią aš dabar pripažįstu, yra prieštaringos, todėl negalėčiau būti kaltinamas tuo, kad jų nepripažinau, kai veikiau. Aš susipainioju. Galbūt tai, ką sakau, įrodo, jog neturėčiau būti smerkiamas arba laikomas blogu dėl to, kad elgiausi taip, kaip pasielgiau. Tačiau aš neturiu sakyti, kad tai rodo, jog tai, ką aš padariau, nebuvo neteisinga arba kad Jūs neturite teisės į tai, kad aš atsakyčiau už nuostolius, nes būtent tai pripažinau, pripažindamas Jūsų argumentus.

Tačiau šis Munzerio klaidos paaiškinimas paprasčiausiai iškelia tą patį galvosūkį į kitą lygmenį. Kodėl Munzeris turėjo supainioti prieštaringumo klausimą su teisingumo klausimu savo juridinių teisių teorijoje, nors jis greičiausiai nepadarytų tos pačios klaidos su moralinėmis teisėmis? Mano supratimu, atsakymas glūdi bendresnėje ir populiaresnėje klaidoje, būdingoje aiškinimams, kas yra juri-

dinės teisės. Paprastais atvejais juridinės teisės gali būti dedukuojamos – panašiu į silogizmą būdu – iš teiginių, skelbiamų teisėjų knygose, kurios yra prieinamos viešai, ir juolab prieinamos teisininkams, kuriuos visuomenė gali nusisamdyti. Kyla pagunda padaryti dvi išvadas. Pirmoji yra ta, kad juridinės teisės teikia pagrindą teisėjo sprendimui, *nes* jos kyla iš teismo knygų, t. y. dėl to, kad teiginiai, kurie jas sukuria, praneša apie jų atsiradimą. Antroji yra tolesnė išvada, kad sunkiojoje byloje, jeigu ieškovas iš tikrųjų turi teisę, kurią jis ragina pripažinti, kadangi ta teisė negali būti dedukuota iš viešų knygų teiginių, ją turi būti galima dedukuoti iš teiginių, surašytų kažkokiose slaptose knygose, neprieinamose nei visuomenei, nei teisininkams, nei teisėjams. Tuo atveju teisėjai, norėdami spręsti sunkiąsias bylas remdamiesi juridinių teisių argumentais, paprasčiausiai spėja, ką jie rastų tose *slaptose* knygose, jeigu galėtų prie jų prieiti. (Profesorius Brilmayeris, šiuo atžvilgiu pritariantis Munzeriui, taiko indiferencijos principą ir daro išvadą, kad teisėjai teturi lygius šansus atspėti ir neatspėti teisingai[1].) Mano įsitikinimu, šis pavaizdavimas turėjo didžiulės įtakos jurisprudencijai. Jis glūdi garsiojoje Holmeso pastaboje, kad juridinėmis teisėmis turi būti laikomos tik tos teisės, kurios yra išsakytos tikrose, žemiškose knygose, nes teisė negali būti „baugi visur esanti dangiška galybė". Jis taip pat glūdi prielaidoje, kad nepozityvistai turi tikėti kažkuo, kas vadinama prigimtine teise, kuri suprantama kaip dangiškųjų slaptųjų knygų turinys.

Jeigu kas nors manytų, jog sunkiosiose bylose teisės gali būti teisėmis tik dėl to, kad jos yra surašytos slaptosiose knygose, galėtų atrodyti, kad tai reiškia, jog šios slaptos normos galėtų būti reikšmingos teisėjavimui tik todėl, kad jos teikia nuorodas elgesiui, bet taip nėra. Tačiau slaptosios knygos vaizdinys nėra dalis jokio deramo paaiškinimo to, kodėl žmonės gali turėti juridines teises, nors mąstantys teisininkai ir nesutinka, kad jie jas turi. Žmonės turi šias teises dėl tų teisingumo priežasčių, kurias aprašiau „Sunkiosiose by-

[1] Žr. Brilmayer, „The Institutional and Empirical Basis of the Rights Thesis", 11 *Ga. L. Rev.* 1173, 1198–1199 (1977).

lose“. Jeigu Munzeris pripažįsta, kad jie gali turėti tokias teises, net jei pripažįsta tik *arguendo*, tai jis negali paneigti, kad tos pačios teisingumo priežastys argumentuoja šių teisių įgyvendinimo naudai.

Tačiau galbūt čia turėtume perinterpretuoti Munzerio argumentus taip, kad suvoktume juos kaip kviečiančius reformuoti mūsų teisinę sistemą. Būtų galima aiškinti, kad jis siūlo naują juridinių teisių teoriją, pagal kurią šalis paprasčiausiai neturi juridinės teisės, jeigu ta šalis negali įrodyti, kad ją turi taip, kad patenkintų visus mąstančius teisininkus. Tuomet sudėtingos bylos nebebūtų sprendžiamos taip, kaip jos sprendžiamos dabar, visapusiškai svarstant ir turbūt kankinamai mėginant nuspręsti, ar, atsižvelgiant į visas aplinkybes, ieškovas turi institucinę teisę, į kurią pretenduoja. Jeigu ieškovas yra nepajėgus pateikti triuškinančių argumentų tos teisės naudai, jis neturi jokios teisės – ir baigta. Yra neaišku, kokiu sprendimo procesu Munzeris pakeistų esamąjį, ir todėl neaišku, ką šiuo pakeitimu laimėtume. Tačiau pakankamai aišku, ką turėtume prarasti.

Dabartinės sistemos sąlygomis mes siekiame, kad teisėjavimas būtų principo dalykas. Ši aspiracija negali būti visiškai realizuota, nes kiekvienas iš mūsų manys, kad teisėjai kartais, – o gal ir dažnai, – teikia klaidingus principo argumentus. Tačiau mes turime naudos net ir dėdami pastangas. Piliečiai skatinami manyti, kad kiekvienas turi teises ir pareigas kitų piliečių ir jų bendros valdžios atžvilgiu, nors ir šios teisės ir pareigos ne visos yra išdėstytos juodu ant balto kodeksuose. Tad jie skatinami formuluoti ir mėginti hipotezes apie tai, kokios yra tos teisės, ir gerbti vienas kitą bei reikalauti, kad valstybė elgtųsi su jais pagal naudingą ir vienijančią prielaidą, jog teisingumas visuomet yra reikšmingas jų pretenzijoms, net kai neaišku, ko teisingumas reikalauja. Teismai dalyvauja šiame procese, pasitaikius progai, suteikdami galimybę viešai samprotauti šiais prieštaringais teisingumo klausimais, atlikdami vadovaujamą vaidmenį, kurio teisėtą galią apibrėžia argumentų, kuriuos ji geba pateikti, galios.

Mes esame labai prastos nuomonės apie save, jeigu manome, kad ši praktika yra vertinga tik tiek, kad teikia patikimų spėjimų apie tai, kaip bus naudojama oficiali galia. Žinoma, praktika gali būti piktnau-

džiaujama, ir ja piktnaudžiavo valdžios, troškusios pasinaudoti geru teisės vardu tironijai. Esama tautų, kurių piliečiams būtų geriau, jeigu būtų negalimas joks teiginys teisės vardu, kuris nėra išvestas iš viešos knygos, ir esama, – aš žinau, – manančių, kad Britanija ir Jungtinės Valstijos yra tarp tų tautų. Tačiau netgi jie turi pripažinti, kad kažkas būtų prarasta dėl minėtos permainos. Įstatymo valdžia yra tauresnis idealas už teisinių tekstų valdžią.

4. RICHARDSAS IR ATGIMĘS POZITYVIZMAS

Profesoriaus Richardso esė[1] apskritai nėra mano pažiūrų kritika, o kur kas bendresniu požiūriu įdomi esė apie teisės ir moralės sąsajas. Tačiau jis nori labai rūpestingai atskirti savo pažiūras į tą problemą nuo manųjų. Richardsas mano, – kaip aš jį suprantu, – kad nors praktiškai mano kūryba vadovaujasi postulatais to, ką jis vadina „metodologine prigimtine teise", esama labiau konceptualinių mano teiginių trūkumų, laimė, neturinčių pasekmių praktikai. Aš manau, kad mūsų nuomonės skiriasi mažiau, netgi konceptualiniu lygmeniu, nei Richardui čia atrodo, nes nesutarimai, kuriuos jis įžvelgia, yra labiau verbaliniai nei esminiai. Šis nesutarimas, mano galva, kyla dėl to, kad Richardsas nepakankamai suvokia skirtumus tarp ortodoksalios prigimtinės teisės teorijos ir tos – kitokios – teisės teorijos, kurią aš mėginau ir mėginu ginti. Kas nors panašaus į pastarąją teoriją, žinoma, patobulintą ir aiškesnę, – o joje išties yra ką tobulinti, – teikia kur kas esmingesnę paramą, negu pajėgus suteikti teisinis pozityvizmas, būtent „metodologinėms prigimtinės teisės" studijoms, kurias Richardsas rekomenduoja ir tai daro gerai.

Richardso kritika yra nukreipta į dvi mano bendrojo argumento vietas. Jis sutinka su manimi, kad tai, ką aš pavadinau principais (jei šį žodį tuo tarpu vartotume plačiąja prasme, neskirdami politinių nuostatų nuo siauriau apibrėžiamų principų), vaidina svarbų vaid-

[1] Richards, „Rules, Policies and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication", 11 Ga. L. Rev. 1069, 1095–1096 (1977).

menį įrodant, ką teisė sako tam tikru klausimu, ir kad dėl to šių principų vaidmuo neapsiriboja argumentais apie tai, kokia teisė turėtų būti. Tačiau jis mano, kad tradicinis teisinis pozityvizmas, tvirtinantis, kad klausimas, ką sako teisė, yra tiesiog fakto klausimas, vis dėlto yra įtikinamas. Pozityvizmas gali pripažinti teisės principų vaidmenį, nes klausimas, kokie principai iš tiesų yra bet kokios konkrečios teisinės sistemos principai, pats yra fakto klausimas, o klausimas, ko šie principai reikalauja konkrečiu atveju, yra tiesiog įprasto profesinio sprendimo dalykas. Richardso argumentus apie tai perteikia šie sakiniai:

> Teisiniai principai yra, šiaip ar taip, teisiniai; kad būtų saistantys, jie turi būti implikuoti praeities teisminėje tradicijoje ir praktikoje, galimi išvesti įprastiniais teisinio samprotavimo pagal analogiją metodais [...]
> [...]Teisiniai principai, kaip ir teisinės normos, galiausiai priklauso nuo atsakymo į fakto klausimą, t. y. nuo kritinių teisėjų pažiūrų [...]
> [...] Išties yra įmanoma, kad principai, teisiškai saistantys teisėją, gali būti tokie moraliai ydingi, kad nekompromisiškas tų principų taikymas pažeistų moralines teisėjo pareigas. Vis dėlto šias perskyras įmanoma padaryti, ir moralinis klausimas visuomet turi būti keliamas nepriklausomai.

Kitomis progomis esu aptaręs klausimą, ar galima sakyti, kad teisinių principų identifikavimas yra tiesiog paprasto fakto dalykas[1]. Aš sakiau, kad negalima, todėl man rūpi suprasti, kodėl Richardsui mano argumentai atrodė nepatenkinami. Galbūt sunkumas kyla dėl pirmojo iš trijų teiginių, surikiuotų pateiktoje citatoje, dviprasmiškumo. Jis sako, kad jeigu į principus turi būti deramai atsižvelgta teisėjavime, tai šie principai turi būti „implikuoti" „praeities teisminėje tradicijoje ir praktikoje galimi išvesti įprastiniais [...] metodais".

[1] Žr. p. 104–110.

Tačiau ką tai reiškia? Jeigu tai reiškia, kaip teigia Richardso nuoroda į „kritines laikysenas“, kad į principus nereikia atsižvelgti, jei nėra tradicijos remtis tais principais praktikoje, tai jis yra neteisus, nes aktuali principų naudojimo praktika tokį suvaržymą dažnai ignoruoja. Jis neturi galvoje (nors būtų galima pagalvoti, kad žodžiai „galimi išvesti“ teigia būtent tai), jog principai deduktyviai kyla iš precedentų grupės ir kad jei du teisininkai nesutaria dėl to, ar tam tikras principas yra „teisiškai saistantis“, vienas iš jų būtinai daro loginę klaidą. Ši idėja yra kvaila, ir dar kvailesnė tuomet, kai paskui tvirtinama, kad ne tik principo turinys, bet ir jo svarumas yra dedukcijos objektas. Richardsas sako, kad turinį galima išvesti „įprastiniais samprotavimo pagal analogiją metodais“. Tačiau tai nepadeda, nes klausimas yra būtent tas, ar „įprastiniai“ samprotavimo sunkiosiose bylose metodai, samprotavimo, kurį teisininkai vadina samprotavimu pagal analogiją, šių bylų keliamus klausimus daro fakto dalykais, o tai priklauso nuo tolesnės analizės to, kas yra šis „samprotavimas pagal analogiją“.

„Sunkiosiose bylose“[1] pasiūliau paaiškinimą, ką reiškia sakyti, kad principas yra „įtvirtintas“ ankstesnių sprendimų komplekse arba yra juose „implikuotas“, arba gali būti „iš jų išvestas pagal analogiją“. Aš sakiau, kad principas yra susijęs tokiu santykiu su ankstesniais sprendimais arba kita teisine medžiaga, jeigu principas vyrauja tame, ką pavadinau geriausiu tos medžiagos pateisinimu. Šitai, žinoma, jį daro sprendimo dalyku, dėl kurio teisininkai gali nesutarti ir nesutars – sprendimo, ar konkretų principą iš tikrųjų „galima išvesti“ iš praeities medžiagos. Taip pat sakiau, kad vienas pateisinimas gali būti geresnis negu kitas dviem skirtingais atžvilgiais: jis gali pasirodyti geriau atitinkąs medžiagą tuo požiūriu, kad reikalauja mažiau medžiagos laikyti „klaidomis“, arba gali pasirodyti esąs moraliai įtikinamesnis pateisinimas, nes labiau priartėja prie tinkamos politinės moralės išraiškos. Jeigu teorija, į kurią įeina vienas principas, yra geresnė pagal atitikties matą, tačiau teorija, į kurią įeina priešingas

[1] Žr. p. 125.

principas, yra geresnė pagal moralės matą, tai jurisprudencijai kyla klausimas, kuris matas yra svarbesnis nustatant institucines teises tos rūšies bylose. Vienas atsakymas į tą jurisprudencinį klausimą (suformuluotas šiurkščia ir paprasta forma) būtų šis: teorija negali būti laikoma adekvačiu institucinės istorijos pateisinimu, jeigu ji nepakankamai atitinka tą istoriją; jai leistina diskredituoti tik nedidelį skaičių sprendimų ir neleistina peržengti šio slenksčio – tai ypač pasakytina apie nesenus sprendimus; bet jeigu dvi (ar daugiau) teorijos kiekviena teikia adekvačią dermę pagal tą testą, tai ta iš jų, kuri yra moraliai stipriausia, teikia geriausią pateisinimą, nors ji ir diskredituoja didesnį skaičių sprendimų negu kita teorija. Šis atsakymas turėtų būti platesnis, tačiau jis iliustruoja vieną kryptį, kuria iš mano aprašytos schematiškos teorijos galima išplėtoti išsamią teisėjavimo teoriją.

Tačiau joks samprotavimo pagal analogiją paaiškinimas, į principų testą įtraukiantis moralumo plotmę, negali principų sutaikyti su pozityvizmu taip, kaip tikisi Richardsas. Galbūt Richardsas šiuo klausimu nori pritarti profesoriaus Sartoriuso pažiūrai[1]. Sartoriusas sako, kad aš turėjau apsiriboti pirmąja iš dviejų mano aprašytų dimensijų ir nepridurti antrosios, nes beveik neįmanoma, kad viena teorija neatitiktų duomenų geriau negu kita pagal moksle naudojamus paprasčiausius geriausio paaiškinimo kanonus, ir teisėjai renkasi ir privalo rinktis tą teoriją. Kadaise taip maniau ir aš, tačiau mano nuomonę pakeitė samprotavimai, kuriuos plačiai aprašiau šioje knygoje[2]. Nemanau, kad esama pranašesnio sutartų kriterijų teorinio paaiškinimo, net jei tai mokslinis paaiškinimas, ir patirtis rodo, jog teisėje vienam paaiškinimui dažnai yra teikiama pirmenybė kito atžvilgiu dėl priežasčių, kurių neįmanoma realistiškai suprasti kaip redukuojamų į reliatyvų kiekį paaiškintų ankstesnių sprendimų arba į paaiškinimo paprastumą, arba į eleganciją, arba į ką nors tokio. Niekas, susipažinęs su teisėjų nuomonių kontekstu, negalėtų manyti, kad

[1] Žr. Sartorius, „Social Policy and Judicial Legislation", 8 *Am. Phil. Q.* 151 (1971).
[2] Žr. p. 104–110.

teisėjai renkasi iš pateisinimo teorijų tokiu būdu, kaip, pavyzdžiui, teisės istorikai galėtų rinktis iš sprendimo modelių istorinių paaiškinimų. Jeigu teisėjai spręstų bylas remdamiesi teorijos kūrimo kanonais, skaičiuodami, kiek precedentų paaiškina konkuruojančios hipotezės, ir lygindami teorinę šių hipotezių eleganciją, mes pagaliau galėtume pateikti tikrą „mechaninio" sprendimo pavyzdį, aprašymą, kuris ilgą laiką buvo laikomas menkinamuoju teisėje, tačiau, kiek aš tai suprantu, ne kitose srityse, kur moralinės dimensijos nėra, tokiose kaip inžinerija.

Taigi mįslė yra būtent ta, kaip klausimas apie tai, kokius principus „implikuoja" praeities tradicijos ir praktikos, galėtų būti fakto dalykas pagal pozityvistinę fakto koncepciją. Kodėl Richardsas atkakliai tvirtina, kad šis klausimas yra paprasčiausiai fakto klausimas? Tai jis mums paaiškina trečiojoje ir iškalbingiausioje iš mano cituotųjų teiginių grupių. Jis yra teisus, labai rūpestingai atremdamas absurdišką požiūrį, esą teisė visuomet yra moraliai pagrįsta arba (jei formuluojame tą pačią mintį revoliucingiau) kad moraliai bloga teisė negali būti teisė. Jis nori pasakyti, kad principas, kuris yra „teisiškai saistantis" teisėjų atžvilgiu, vis tiek gali būti labai bjaurus principas, toks bjaurus, kad teisėjo pareiga netgi gali būti atsisakyti jį taikyti. Beveik tą patį sakiau prieš keletą puslapių. Aš sakiau, kad kai kuriais atvejais teisėjo pareiga gali būti meluoti ir klaidingai nurodyti teisę, ir šis aprašymas daro prielaidą, kad teisė gali nebūti tai, kas ji turi būti. Richardsas, atrodo, mano, kad aš kažin kaip esu priverstas griebtis ano absurdiško požiūrio, nes anot jo, šioje vietoje teisės filosofija turi tik dvi alternatyvas. Mes arba turime dėtis prie pozityvistų, tvirtinančių, kad klausimas, kas yra teisė, visuomet yra tik fakto klausimas; arba turime palaikyti pačius kraštutiniausius iš prigimtinių teisininkų, sakančių, kad negali būti skirtumo tarp teisės ir moralės principų. Tačiau šie abu kraštutiniai požiūriai yra neteisingi. Kai kuriais atvejais atsakymas į klausimą, ko reikalauja teisė, gali priklausyti nuo klausimo, ko reikalauja pamatinė moralė (nors jis niekuomet nėra identiškas šiam klausimui), tad klaidinga pirmąjį klausimą aprašyti kaip tiesiog fakto klausimą – Hume'o dvasia, kuriai

gimininga s tas aprašymas. Šitaip yra ne tik tais atvejais, kai koks nors įstatyminis šaltinis sąmoningai įtvirtina moralinius testus teisės normose, bet taip pat tais atvejais, kai klausimas, ko reikalauja teisė, yra prieštaringas, nes apskritai joks įstatyminis šaltinis nėra pasakęs nieko, kas turėtų lemiamą reikšmę. Šitaip yra ne tik tada, kai teisiniai principai, įkūnijantys moralines sąvokas, yra, kaip pripažįstama, lemiami teisiniams argumentams, bet taip pat ir tuomet, kai klausimas, kurio likimas sprendžiamas, yra būtent klausimas, kokie principai laikytini lemiamais.

Tačiau, žinoma, niekas iš to, kas pasakyta, neteikia pagrindo nei išvadai, kad teisė visuomet yra moraliai teisi, nei išvadai, kad tai, kas yra moraliai teisinga, visuomet yra teisė *(law)*, net *sunkiosiose bylose*. Imkime tą įtikinamą požiūrį, kurį ką tik apžvelgiau. Pagal jį, joks principas negali būti laikomas institucinės istorijos pateisinimu, jeigu jis nenumato tam tikro adekvatumo, nors iš tų principų, kurie išlaiko šį adekvatumo testą, pirmenybė turi būti teikiama moraliai įtikimiausiems. Jeigu tas testas yra pritaikomas sugedusiai teisinei sistemai, galbūt, kad joks principas, kurį laikytume priimtinu moralės pagrindais, negalėtų išlaikyti slenksčio testo. Tuo atveju bendroji teorija turi paremti kokį nors nepatrauklų principą kaip teikiantį geriausią institucinės istorijos pateisinimą, palikdama teisėjui teisinį sprendimą, o galbūt ir moralinę problemą. Pozityvizmas naudoja paprastą perskyrą tarp faktinių ir normatyvinių klausimų. Jeigu priimame šią perskyrą, turime sakyti, kad klausimas, ar į principą teisėjaujant reikia atsižvelgti ir kiek reikia atsižvelgti, yra normatyvinis klausimas. Tačiau turime būti apdairūs ir nepadaryti išvados (kaip dažnai atrodo manąkai kurie filosofai), kad esama tik vienos rūšies normatyvinio klausimo, būtent, galutinio klausimo, ką daryti. Klausimas, ar į tam tikrą principą reikia atsižvelgti (sprendžiant, kokia yra teisė [*law*]), yra iš dalies normatyvinis, nes apima sprendimą apie principo tinkamumą politinėje moralėje. Jis vis dėlto skiriasi nuo kito normatyvinio klausimo, būtent, ar tas principas, net jeigu į jį reikia atsižvelgti, būtų geriausias principas, kuriuo galima pagrįsti teisinę sistemą, jeigu reikėtų pradėti nuo nulio, taip pat skiriasi nuo trečiojo

moralinio klausimo, būtent, ar tas principas yra toks neteisingas, kad teisėjas būtų neteisus, jei įgyvendintų bet kokią juridinę teisę, kurią tas principas teikia, ir būtų teisus, jei meluotų siekdamas to išvengti.

Čia paminėsiu du papildomus dalykus, kurie yra įdomūs tik periferiškai. Richardsas kaltina mane štai kokia klaida: „Iš to fakto, kad teisiniai principai kartais yra moraliniai principai, jis nepagrįstai daro išvadą, kad jie visuomet yra moraliniai"[1].

Žinoma, būtent tokia išvada būtų klaida, tačiau manau, kad jo intencija yra apkaltinti mane ne nepamatuota išvada, o tam tikru įsitikinimu. Ar aš iš tiesų manau, kad teisiniai principai visuomet yra moraliniai principai? Čia esama dviprasmiškumo. Tas teiginys gali reikšti, kad teisiniai principai visuomet yra pagrįsti arba korektiški moraliniai principai, ir jeigu jis šitai turi galvoje, tuomet, kaip ką tik stengiausi pabrėžti, aš taip nemanau. Tačiau ji galėtų reikšti, kad teisiniai principai visuomet yra moraliniai principai savo forma (nesvarbu, ar jie, kaip moraliniai sprendiniai, pagrįsti ar ne, įtikinami ar nepakenčiami), o ne, pavyzdžiui, išminties sprendiniai ar istoriniai apibendrinimai. Šis teiginys yra įdomesnis, ir aš priimu, bent jau štai kokia prasme. Žodis „moralinis" čia gali sukelti sunkumų, kaip dažnai sukelia, tačiau, mano supratimu, šis teiginys reiškia, jog principai, kurie vyrauja teisiniuose argumentuose, patvirtina piliečių ir kitų žmonių teises ir pareigas, o ne pateikia, pavyzdžiui, išmintingus sprendimus ar daro istorinius apibendrinimus. Kaip ką tik sakiau, aš manau, kad principų „išvedimo" iš istorijos procesas yra tos istorijos pateisinimų vertinimo procesas, kur pagrindimas yra atskiriamas nuo paaiškinimo. Net jei teisinga, kad visi sprendimai, padaryti remiantis sutartine teise Viskonsino valstijoje per tam tikrą ne vienerių metų laikotarpį davė naudos vietinei Respublikonų partijai, negalima manyti, kad šis faktas, kad ir koks svarbus jis būtų istorikui arba sociologui, arba kritikui, suteikia pateisinimą (net ir blogą pateisinimą) tiems sprendimams, ir todėl nereikalautų iš teisėjų ateityje bylas

[1] Richards, *op. cit.* 1096.

spręsti laikantis tariamo principo, jog kas yra gerai respublikonams, yra gerai teisingumui. Galėčiau pridurti, kad faktas, jog teisiniai principai turi būti moraliniai principai ką tik aprašytąja prasme, nedaug teturi įtakos ankstesnei šio skirsnio diskusijai. Jis galėtų tam tikromis aplinkybėmis pašalinti galimybę pagrįsti tariamus principus blogose teisinėse sistemose[1]. Bet nenorėčiau pernelyg pasitikėti moralinio principo sąvokos atskyrimo galia. Nesama įtikinamos šios sąvokos analizės, užtikrinančios, jog principas, kad juodaodžiai yra mažiau verti rūpesčio negu baltieji, gali būti atmestas kaip apskritai ne principas.

Tačiau aš tikrai noriu atmesti mano anksčiau aprašytąjį „egzistuojančios teisės" teiginį, kurio, manau, laikosi tie, kurie labai nori, kad teisiniai principai visuomet atitiktų moralinius principus. Jie mano, kad bendruomenės teisė yra apibrėžta konkrečių normų ir principų (ir dangus žino, ko dar) kolekcija, todėl prasminga klausti, ar – kiekvienu duotuoju momentu – konkreti norma ar principas priklauso tai kolekcijai. Jeigu principas tai kolekcijai priklauso, tai jis yra teisinis principas; jeigu tas principas taip pat priklauso kitai kolekcijai – pagrįstų moralinių principų kolekcijai, tai jis yra taip pat ir moralinis principas, o tuomet galima klausti, ar šios dvi kolekcijos yra identiškos ar sutampančios, ar skiriasi apimtimi. Jeigu kas nors tikrai laikosi tokio požiūrio į šį dalyką (toks požiūris yra slaptosios knygos teorijos, kurią aptariau anksčiau, 470-ame puslapyje, pusbrolis), tai jis manys esant svarbu, kad teisės filosofai pateiktų būtinas ir pakankamas teisinių principų narystės kolekcijoje sąlygas, taip pat manys esant svarbu atsakyti į klausimą, ar šios sąlygos įgalina ar neleidžia narystės kitoje – pagrįstų moralinių principų – kolekcijoje. Savo ruožtu aš nemanau, kad reikia šiuo būdu suteikti individualumą atskiriems principams ir priskirti juos kolekcijoms, lygiai kaip nereikia individualizuoti ir skirstyti atskiro mokslo „principų". Atmesdamas idėją, kad teisė yra normų sistema, nenoriu pakeisti tos idėjos teorija, jog teisė yra normų ir principų sistema. Nėra tokio dalyko kaip „teisė" – tai diskretiškų teiginių kolekcija, kiekvieno su savo kanoniška for-

[1] Žr. 10-ą skyrių.

ma. Žmonės turi juridines teises, o politinės moralės principai vyrauja, – būdais, kuriuos mėginau aprašyti, – sprendžiant, kokias juridines teises jie turi. Jei sakydami „juridinis principas" turime galvoje principą, kuris iš esmės yra tinkamas šiam vaidmeniui, tai bent jau visi tie politinės moralės principai, kurie turi autoritetą aptariamoje bendruomenėje, yra teisiniai principai. Kartais „teisinio principo" terminą vartojame kitaip, kai nurodome tuos principus, kurie iš tikrųjų teisėjų dažnai cituoti ir kurie dėl to patenka į chrestomatijas ir teisės mokyklų paskaitas. Tačiau niekas nemano, kad vieninteliai principai, kurie gali būti deramai panaudoti teisiniuose argumentuose, yra teisiniai principai ta siaurąja prasme, t. y. tie, kurie šiuo būdu buvo paversti įprastais.

Taigi Richardsas yra neteisus manydamas, kad pozityvistinė teisės teorija, tokia kaip Harto, gali būti paprastai pritaikyta, siekiant suvokti vaidmenį, kurį principai vaidina teisinėje argumentacijoje, ir jis taip pat yra neteisus manydamas, kad vienintelė pozityvizmo alternatyva yra kraštutinė prigimtinės teisės teorija, kuri neigia skirtumą tarp teisinio ir moralinio argumento sunkiosiose bylose. Jis taip pat nesutinka su mano ginama teisių teze, kuri sako, kad sunkiosios bylos turėtų būti – ir paprastai yra – sprendžiamos principo, o ne politinės nuostatos argumentų pagrindu. Kaip priešpriešinius pavyzdžius jis turi omenyje tokias bylas, kurias nurodė Greenawaltas, ir man nėra reikalo kartoti, ką apie tas bylas esu sakęs anksčiau. Taip pat Richardsas man primena, kad iš tiesų teismai politinės nuostatos klausimus svarsto tuomet, kai taiko įstatymus, kuriuos mano esant inicijuotus politinės nuostatos, ir privalau pakartoti, kad, mano galva, būtent tai aš pasakiau savo esė „Sunkiosios bylos"[1]. Tačiau šiuos argumentus, teiktus ir kitų, jis papildo nuoroda į kitą bylų grupę[2]. Tai bylos, kuriose teismas skelbia administravimo normas, – kartais paprastas, kaip *Mapp* byloje[3], o kartais sudėtingas, kaip *Miranda* by-

[1] Žr. p. 161–165.

[2] Žr. Richards, 1098.

[3] *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

loje[1] – ne dėl to, kad teismas mano, jog bet kokie individai turi teisę būtent į tai, ką jie gauna pagal tas normas, o dėl kitos priežasties – tos, jog šios normos teikia vieną schemą, tačiau ne vienintelę galimą ar net geriausią schemą, kuri įgalina ginti ar užtikrinti kitas individų teises. Profesorius Chayesas neseniai paskelbė straipsnį[2], kuris, tikėtina, bus labai įtakingas ir kuriame tos rūšies bylos svarstomos bendriau ir kitais tikslais; jis teisingai kreipia mūsų dėmesį į teismų vaidmenį formuojant ir administruojant sudėtingus antitrestinius dekretus, sudėtingas verslo reorganizacijas ir, svarbiausia, mokyklų desegregacijos potvarkius, kurie įtraukia teismus į kasdienį mokyklų tarybos darbą.

Administracinis teismų darbas, kuris, Chayeso manymu, teikia naują teisėjavimo stilių, kelia labai daug problemų jurisprudencijai ir politinei teorijai, ir nors šios problemos tik netiesiogiai siejasi su teisių teze, tai – problemos, su kuriomis bet kuri teisėjavimo teorija vieną dieną turės susidurti. Tačiau šio priedo tikslams man pakaks pažymėti su teisių teze susijusius du faktus, kurie, regis, nėra sulaukę deramo dėmesio. Pirma, tezė nedraudžia teismams baudžiamąsias ar viešosios teisės bylas spręsti individo naudai ir valstybės ar kokio nors valstybės departamento nenaudai tokiais pagrindais, kurie neteigia, kad individas turi teisę į sprendimą. Aš sakiau, kad teisių tezė yra tuo požiūriu asimetriška ir kaip vieną iš pavyzdžių pateikiau *Mapp* bylą, kuria remiasi Richardsas. Antra, tezė nedraudžia to, kas dažnai vadinama prospektyvine teisėkūra teismuose, jeigu normos, sukurtos ateičiai, o ne laikomos tikslia egzistuojančių teisių reprezentacija, netaikomos retrospektyviai pateisinti žalos atlyginimo paskyrimą arba neskyrimą konkrečiu atveju. Akivaizdu, jog prospektyvinė teisėkūra nepažeidžia politinės moralės motyvų, kuriuos minėjau kaip remiančius teisių tezę, kai ta teisėkūra yra suvokiama kaip būtina apginti individualiom teisėm, kaip yra bylose, kurias mini Richardsas; išties konstitucinėse bylose gali būti manoma, kad tie motyvai

[1] *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

[2] Chayes, „The Role of the Judge in Public Law Legislation", 89 *Harv. L. Rev* 1281 (1976).

reikalauja būtent to. Tačiau norėčiau pakartoti, kad apie energingą administruojamąjį vaidmenį, kurį dabar, atrodo, prisiėmę teismai ir apie tos praktikos pasekmes teisių tezei reikia pasakyti kur kas daugiau.

5. SOPERIS IR NAUJAI APIBRĖŽTAS POZITYVIZMAS

A. Ne toks pozityvus pozityvizmas

Puiki profesoriaus Soperio esė[1] analizuoja sąsajas tarp mano argumentų ir įvairių teisinio pozityvizmo formų. Jis pateikia pozityvizmo formą, kuri galėtų tiesiog inkorporuoti visus mano teiginius apie teisinę praktiką, – jeigu jie yra pagrįsti, – kaip patobulinimus. Pagal šią pažiūrą, pozityvizmas tvirtina, kad teisės teiginiai, jeigu jie teisingi, yra teisingi dėl kokios nors socialinės praktikos, specifikuojančios jos tiesos sąlygas. Tačiau jis netvirtina, kad taip specifikuotos tiesos sąlygos negali apimti moralinių sąlygų. Tarkime, jog aš esu teisus, pavyzdžiui, sakydamas, jog teisėjai sunkiąsias bylas paprastai sprendžia remdamiesi principais, kurių naudojimas yra pateisinamas ir kad šis pateisinimo procesas apima moralinę dimensiją, kaip aprašyta šio priedo 4-ame skyriuje ir 4-ame skirsnyje. Tuomet visa mano aprašoma sprendimo schema pati kuria socialinę praktiką, susidedančią iš teisės teiginių, pagrįstų principais. Tarkime, du teisininkai ar teisėjai nesutaria dėl kokio nors teisės teiginio, nes nesutaria dėl kokio nors politinės moralės teiginio. Jie abu galėtų būti pozityvistai, – pagal šį pozityvizmo aiškinimą, – nors kiekvienas mano, kad tam tikras teisės teiginys yra teisingas, nors neįmanoma įrodyti, jog jis teisingas remiantis žodžio kilme *(pedigree)*, ir tvirtina, kad jo teiginio tiesa priklauso nuo kokio nors moralės principo tiesos. Jie abu yra pozityvistai, nes kiekvienas pripažįsta, kad moralė reikšminga yra dėl socialinės praktikos, būtent mano aprašomos socialinės praktikos.

Soperis nurodo, kad pats profesorius Hartas pažymėjo, jog kai kurie įstatymai ir konstitucinės nuostatos, kaip kad tam tikros Ame-

[1] Soper, „Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute", 75 *Mich. L. Rev.* 473 (1977).

rikos konstitucijos nuostatos, „moralę inkorporuoja tiesiogine nuoroda". Šis siūlymas tiesiog išplečia idėją, latentiškai glūdinčią toje mintyje, teigdamas, kad moralės inkorporacija gali būti vykdoma ne tik kokiu nors specifišku teisėkūros aktu ar konstitucine nuostata, bet bendresne socialine praktika, kuri apibrėžia, kas aptariamojoje bendruomenėje galioja kaip teisėjavimas.

Profesorius Lyonsas, mano knygos recenzijoje[1] pateikia labai panašų argumentą. Jis pozityvizmo esme taip pat laiko teiginį, kad kokia nors socialinė praktika sudaro kiekvienos teisinės pretenzijos pamatą, nors pati ta praktika kartais – ar net visada – lemiamą daro moralę. Aš, žinoma, nenoriu ginčytis su Soperiu ar Lyonsu dėl įvardijimų. Tačiau aš tariau pozityvizmą teigiant du svarbius ir susijusius teiginius, kurių jų pozityvizmo versija neteikia, ir mano ginčas yra su tais teiginiais, o ne su etikete. Pirmasis tvirtina, kad teisinei sistemai būdinga tai, jog koks nors daugiau ar mažiau mechaniškas testas teikia pasiūlymų apie tai, kokia yra teisė, būtinas ir pakankamas tiesos sąlygas, kaip besiskiriančių nuo pasiūlymų apie tai, kokia teisė turėtų būti. 2-ame skyriuje šitai aprašiau kaip kilmės testą, kaip skirtingą nuo turinio testo; aš galvoje turėjau tai, jog pozityvizmas tvirtina, kad teisės testai turi būti socialinės istorijos, o ne politinės nuostatos arba moralės dalykas, kurios gali būti iš esmės prieštaringos. Pavyzdžiui, Hartas savo pripažinimo taisyklę aprašo ne tiesiog kaip dar vieną prievolę nustatančią normą, bet kaip antrinę normą, reikalaujančią viešųjų bruožų, kurių buvimas arba nebuvimas bus lemiamas identifikuojant kitas normas kaip teisines normas. Jis sako, kad tokios antrinės normos priėmimas žymi perėjimą nuo ikiteisinės visuomenės prie teise pagrįstos visuomenės, nes vieši bruožai, kuriuos lemiamus daro antrinė norma, išgydys netikrumo defektą, latentiškai glūdintį ikiteisinėje praktikoje. Nėra abejonės, kad su šiuo pavaizdavimu dera tai, jog pačioje antrinėje normoje gali būti miglotų terminų, arba tai, kad ji kaip nors kitaip gali pasižymėti nedideliu

[1] Lyons, „Principles, Positivism and Legal Theory – Dworkin, Taking Rights teriously", 87 *Yale L. J.* 415 (1977).

neapibrėžtumo laipsniu. Tačiau antrinė norma, kuri visus prievolės klausimus paprasčiausiai tiesiai peradresuotų esamoms socialinėms įpareigojimo praktikoms, nepadarytų (kaip savo tarptautinės teisės aptarime duoda aiškiai suprasti Hartas) visiškai jokios *status quo* permainos. Tokia antrinė norma nesuteiktų didesnio apibrėžtumo ir negalėtų žymėti jokio perėjimo prie ko nors nauja. Šie prieštaravimai, būčiau manęs aš, *a fortiori* galiotų tos rūšies antrinei normai, apie kurią galvoja Soperis, kai įsivaizduoja suvereną, kuris tik komanduoja: daryk tai, ko reikalauja teisingumas.

Tačiau svarbus klausimas yra ne tas, ar Hartas arba bet kuris kitas konkretus teisės filosofas yra įsipareigojęs tezei, kad teisės testas turi padaryti teisę racionaliai įrodomą. Ta tezė susijusi su bendresne teisės teorija, ypač su teisės funkcijos pavaizdavimu. Tai teorija, jog teisė teikia nustatytą, viešą ir tikrą privataus ir oficialaus elgesio standartų kompleksą, standartų, kurių galios negali ginčyti kokio nors individualaus pareigūno politinės nuostatos ar moralės suvokimas. Ši teisės funkcijos teorija pripažįsta, kaip neišvengiamai ir turi daryti, kad joks viešųjų normų kompleksas negali būti išbaigtas ar visiškai preciziškas. Bet dėl to ji laikosi perskyros tarp situacijų, kai taip suvokiama teisė diktuoja sprendimą, ir situacijų, kai, pozityvistų kalba tariant, teisėjas turi pasinaudoti savo nuožiūra naujai teisei sukurti būtent dėl to, kad teisė tyli. Pagal šią pažiūrą į teisės funkciją, ši perskyra yra lemiamos reikšmės, nes svarbu pripažinti, kad kai mąstantys žmonės gali nesutarti dėl to, ko reikalauja teisė, teisėjo sprendimas negali būti neutralus sprendimas – toks, kokį žada teisės idėja. Sąžiningiau yra pripažinti, kad tokiu atveju sprendimas apskritai nėra teisės sprendimas.

Taigi tezė, kad koks nors daugiau ar mažiau mechaniškas kilmės testas nustato teisę, yra šiuo būdu susijusi su politine teorija apie teisės prasmę ar funkciją ir su teisėjo diskrecijos teorija, kuri yra būtina tos teorijos dalis. Mano ginama teorija, priešingai, pateikia kitokią ir ambicingesnę teisės funkciją, ją aprašiau šio priedo 3-io skirsnio pabaigoje. Jeigu pozityvizmo sąvoka sušvelninama taip kaip siūlo Soperis ir Lyonsas, kad prisiderintų prie mano pateikiamo teisi-

nių praktikų aprašymo, tai ortodoksaliosios teisė teorijos argumentai yra atitinkamai susilpninami, o mano teorijos argumentai palaikomi.

Antrasis teiginys, kurį sakiau manąs esant teikiamą pozityvizmo, taip pat yra susijęs su bendresne teorine pozicija, kuri turėtų būti modifikuojama, jeigu to teiginio būtų atsisakyta. Šį antrąjį teiginį aiškiausiai būtų formuluoti taip. Teisės teiginius galime tarti esant teisingus arba klaidingus, tikslius arba netikslius, nepripažindami jokios ontologijos anapus empiristinės ontologijos. Teisės teiginio tiesa, jei ji yra teisinga, susideda iš paprastų istorinių faktų apie individualų arba socialinį elgesį, įskaitant veikiausiai ir faktus apie įsitikinimus ir nuostatas, bet ji neapima nieko metafiziškai įtartinesnio. Tokį teiginį pateikė Oliveris Wendellas Holmesas, kai sakė, kad teisė nėra baugi visur esanti dangiška galybė. Pozityvistai neturi būti primityvūs *semantine* prasme: jie neturėtų tvirtinti, kad teisės teiginiai reiškia tą patį ką ir istoriniai teiginiai apie įsitikinimų ar nuostatų veikimą. Tačiau jų požiūriui būdingas (ar bent jau aš taip maniau) supaprastinimas, tuo požiūriu, kad teisės teiginių tiesos sąlygos neapima nieko daugiau, išskyrus tokias istorines sąlygas.

Šis teiginys, žinoma, dera su priežastingumo teze – akivaizdžiai teisinga, – jog įsitikinimai apie teisingumą dažnai yra teisę konstatuojančio elgesio priežastis. Įstatymų kūrėjai, pavyzdžiui, dažnai priima teisės aktus dėl to, kad tai jiems atrodo teisinga. Tas teiginys taip pat dera su kita teze, – kad *įsitikinimai* apie teisingumą gali būti teisės teiginių tiesos sąlygų dalis. Pozityvistas gali laikytis įstatymų interpretacijos teorijos, pagal kurią, jeigu įstatymas numato, kad sandoris yra negaliojantis, jeigu jis yra neteisėtas, o didžiulė žmonių dauguma mano, jog tam tikros rūšies sandoris yra neteisingas, tai toks sandoris yra, teisės požiūriu, negaliojantis. Ši teorija teisės teiginiams daro lemiamus įsitikinimus apie moralinius faktus, o ne pačius moralinius faktus. Tačiau Soperio-Lyonso pozityvistui teisinis sutarties galiojimas galėtų priklausyti ne nuo to, ar sutartį manoma esant neteisingą, o nuo to, ar ji yra neteisinga. Ši teorija nesuderinama su supaprastintu teiginiu, nes ji patį moralinį faktą paverčia teisės teiginio tiesos sąlygų dalimi.

Supaprastintam požiūriui būdinga ne vien tai, kad teisės teiginiai kartais yra teisingi vien tik dėl istorinių faktų. Reikia parodyti, kad visi teiginiai, kuriuos teorija laiko teisingais, yra teisingi dėl tokių faktų. Soperio-Lyonso pozityvizmas negali šito teigti. Jeigu socialinėje praktikoje moralė yra reikšminga teisiniams klausimams (o ir Soperis, ir Lyonsas pripažįsta, *arguendo,* kad įmanoma sakyti, jog mūsiškėje teisinėje sistemoje taip ir yra), tai teisės teiginių tiesa sistemiškai priklausys nuo moralės teiginių tiesos. Pirmųjų tiesą sudarys, bent iš dalies, pastarųjų tiesa. Taigi žadėtasis ontologinis teisės atskyrimas nuo moralės nepavyksta. Kad būtų galima manyti, jog tokioje sistemoje esama teisinių faktų, reikia daryti prielaidą, kad taip pat esama ir moralinių faktų.

Šitai paaiškina, kodėl Harto argumentas, jog pozityvi teisė kartais vartoja eksplicitišką moralinę kalbą, nėra kišenė, į kurią būtų galima sukišti bendrąją teisės teoriją, kurioje moralė yra reikšminga net ir nesant jokios aiškios inkorporacijos. Hartas greičiausiai išplėstų savo teisės kalbų „atviros struktūros" aptarimo (kurį jis taiko tokiems žodžiams kaip „racionalus") taikymą taip pat ir moraliniams terminams, kurie vyrauja pozityviojoje teisėje (kaip kad Amerikos konstitucijos nuostata dėl „žiauraus ir neįprasto" elgesio). Jis tuomet pasakytų, kad žodis „žiaurus" Jungtinėse Valstijose turi apibrėžtą taikymo sritį (jis galioja bastonadai), tačiau netikrumo šešėlis lieka (mąstantys vyrai ir moterys nesutaria, ar aukščiausioji bausmė pati savaime yra žiauri). Kai byla (tokia kaip *Furmson v. Georgia* byla) priklauso neaiškioms byloms, teisėjas turi pasinaudoti savo nuožiūra, kad priimtų sprendimą, nors jo sprendimas nuo tol teisiniais tikslais išplečia sąvokos apimtį.

Ši moralės vaidmens teisinėse nuostatose analizė visiškai dera su mano aprašytąja supaprastinimo teorija. Ji teigia, jog teisės teiginio tiesą, kad bastonada yra nekonstitucinė, sudaro įsitikinimas, jog tai yra žiauru. Tačiau jos nebūtų galima išplėsti tiek, kad apimtų mano aprašytąją teisėjavimo teoriją. Tarkime, jog mano supratimas yra neteisingas ir kad Hartas atmestų šią moralinės kalbos teisėje analizę. Tarkime, jis sakytų, kad tai, ar aukščiausioji bausmė yra nekonstitu-

ciška, visiškai priklauso nuo to, ar ji, vertinama kaip moralės faktas, yra žiauri, o ne tik nuo to, ar pakankamai plačiai manoma, kad taip yra, arba nuo to, ar taip nusprendžia koks nors teisėjas, naudodamasis savo nuožiūra. (Tuomet turėtume klausti, kodėl jis nepasiūlo atitinkamos visos „atviros tekstūros" kalbos analizės ir atitinkamai neapriboja teisėjo nuožiūros.) Tačiau jeigu ši perskyra yra prasminga ir jeigu teiginiai apie bausmės konstitucingumą gali būti teisingi, tuomet turi būti (formuluojant senamadiškai) objektyvi moralinių faktų sritis. Aš maniau, kad į Harto (ir pozityvistų apskritai) ambiciją įeina siekis objektyvų teisės teiginių statusą padaryti nepriklausomą nuo jokios prieštaringos metaetikos ar moralės ontologijos teorijos.

Žinoma, Hartui nereikėtų palaikyti faktų apie žiaurumą, jeigu jis primygtinai neteigtų, jog teiginiai apie aukščiausiąją bausmę gali būti teisingi tiek, kiek gali būti teisingi teiginiai nepriklausantys nuo korektiško moralės supratimo. Jis galėtų pasakyti, kad jeigu jau konstitucija bausmės konstitucingumą yra padariusi priklausomą nuo jo žiaurumo, tai visi tokie pažodiškai suprasti teiginiai yra arba neteisingi, arba nei teisingi, nei neteisingi[1]. Tačiau šitai įtikinamai išplečia Harto bendrąją teoriją (jei tai apskritai yra toks išplėtimas) tik jei daroma prielaida, kad moralinės kalbos vartojimas yra proginis, o ne sistemiškas pažįstamų teisinių sistemų bruožas. Jeigu mano pateiktas mūsų pačių teisinės praktikos paaiškinimas yra teisingas, ir Hartas tokiu būdu siekė apimti tą paaiškinimą savo paties sistemoje, jis pabaigs sakydamas, jog vargu ar apskritai kurie nors teiginiai mums yra teisingi. Kiekvienu atveju dviejų teorijų samplaika, apie kurią galvoja Soperis, šio paskutinio radikalaus teiginio būtų išardyta.

B. Konceptuali ar deskriptyvi?

Savo esė pradžioje Soperis kelia kitą įdomų klausimą. Jis skiria konceptualiąsias teisės teorijas nuo deskriptyviųjų teorijų. Jis sako, kad pozityvistų teorija yra konceptuali, o mano teorija – deskriptyvi –

[1] Žr. Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong* (1978), chap. 1.

štai kodėl. Pozityvistai teikia teiginį, kuris gerai tinka (jeigu jie yra teisūs) visoms teisinėms sistemoms ne tik kaip apibendrinimo dalykas, bet ir kaip būtinybės dalykas. Tuo tarpu aš teikiu teiginius tik apie konkrečią teisinę sistemą. Aš tvirtinu, kad įprasta teisėjų praktika mūsiškėje teisinėje sistemoje neatitinka pozityvisto paaiškinimo, kokios turi būti visos teisinės sistemos. Jeigu aš teisus, tai pozityvisto teiginys, kuris yra universalus, turi būti neteisingas. Tačiau tai nereiškia, kad mano aprašymas dėl to yra teisingas bet kurios kitos teisinės sistemos atžvilgiu, išskyrus mūsiškę. Taigi mano pozicija turi būti deskriptyvi, o jų yra konceptuali.

Džiaugiuosi, kad Soperis iškėlė šį klausimą, nes manęs dažnai klausia, ar aš savo teoriją sumaniau kaip konceptualią, kaip pozityvizmas, ar tik kaip deskriptyvią. Ar aš noriu pasiūlyti bendrą teoriją apie tai, kokia turi būti teisė, ar tik geresnį vienos konkrečios teisės versijos paaiškinimą? Bijau, kad nesuprantu, kaip ši perskyra galioja šiame kontekste. Pozityvistų teisės teorija, aišku, yra konceptuali – kuria nors prasme. Bet kuria? Ar Soperis mano, kad pozityvistų teorija (kad teisės teiginiai negali būti teisingi moralės dėka) yra lingvistinė teorija apie „standartinę" žodžių „teisinis" ar „teisė" vartoseną arba jų vartojimą „kasdienėje kalboje"? Pagal tą interpretaciją, pozityvistas teigia, kad iš to, kaip vartojamas terminas „teisinis", darytina išvada, kad juridinė teisė paprasčiausiai negali priklausyti nuo moralinių faktų tuo būdu, kuriuo aš argumentuoju ją galint priklausyti, kaip kad kas nors galėtų pasakyti, kad iš būdo, kaip vartojamas žodis „sesuo", darytina išvada, kad sesuo negali būti vyras. Tačiau jeigu aš pateikiu tariamą priešpriešinį pavyzdį – juridinės teisės pavyzdį, teisės, kurią sakau esant juridinę moralinės teisės dėka, – tai mano teiginys turi būti *taip pat* ir lingvistinis. Aš privalau teigti, kad žodis „teisinis" yra deramai vartojamas taip, kad apimtų šį atvejį. Mano teiginys yra tiek pat lingvistinis kiek ir jo, nors galbūt santūresnis. Jis negali būti „tik" deskriptyvus – arba remtis tik to vieno atvejo, kuris cituojamas kaip priešpriešinis pavyzdys, faktais – taip, kaip gali būti empirinio apibendrinimo priešpriešinis pavyzdys. Tarkime, jog aš teigiu, kad atradau seserį vyrą, taigi ir pateikiau priešprie-

šinį pavyzdį teiginiui, jog, kaip lingvistinės vartosenos dalykas, seserys negali būti vyrai. Aš ne tik teigiu atradęs naują nelingvistinį faktą, kuris sugriauna lingvistinę teoriją. Jeigu lingvistinės teorijos neparodau esant *lingvistiškai* nekorektiškos, aš negaliu būti atskleidęs fakto, kurį sakau atradęs. Tarkime, jog randu žmogų, kurį kalbėtojų bendruomenė turėjo įprotį (žinodama, kad jis yra vyras) vadinti seserimi. Jeigu aš jį nurodau kaip priešpriešinį pavyzdį, taip darau dėl to, kad šią lingvistinę praktiką laikau dalimi praktikos, numatančios korektišką žodžio „sesuo" vartojimą. Tai yra argumentas korektiško žodžio vartojimo naudai, ne tik izoliuoto atvejo faktų naudai. Jeigu pozityvizmas yra konceptualus dėl to, kad jis yra lingvistinis, ir jeigu mano teorija teikia net ir vieną priešpriešinį pavyzdį, tai mano teorija būtinai yra konceptuali, nes ji yra taip pat ir lingvistinė.

Tai formuluoju hipotetiškai, nes nesutinku, kad pozityvizmas yra teorija apie lingvistinę praktiką. (Abejoju, ar esama standartinės žodžių „teisinis" arba „teisė" vartosenos, kuria gali remtis pozityvistas.) Šiaip ar taip, argumentuodamas jis nesiremia nei žodyniniais apibrėžimais, nei lingvistinės vartosenos statistika. Tačiau kokia kita prasme pozityvistą turime suprasti teikiant konceptualų teiginį, o ne tik deskriptyvų apibendrinimą? Jeigu pozityvistas tiesiog sakytų, kad kiekvienoje šalyje ar mažesniame politiniame darinyje, kuriuos jis išstudijavo, nėra laikoma, jog juridinės teisės yra įtvirtinamos moralinių argumentų, ir kad jis dėl to mano, jog niekada nelaikoma, kad jos įtvirtinamos tokiu būdu, tai jo teiginys visai neatrodytų konceptualus. Kas nors galėtų teigti, kad pozityvizmas yra konceptualus, nes jis *teikia* nuostatą, jog teisinės sąvokos turi būti vartojamos tam tikru būdu – aiškumo ar patogumo dėlei arba dėl kokio nors politinio motyvo. Tačiau jeigu pozityvizmas šiuo būdu yra paprasčiausiai skatinamojo pobūdžio ir jeigu mano teorija iš tiesų pateikia „priešpriešinį pavyzdį" mūsiškėje teisinėje sistemoje, tai šitai turi būti dėl to, kad parodžiau, jog konkuruojantys ir geresni motyvai rekomenduoja priešingą šių sąvokų vartoseną. Jeigu taip, tai privalau remtis kokia nors teorija apie pageidaujamas konceptualines perskyras – tos pačios rūšies kaip

teorija, kuria remiasi jis, nors mano teorija galėtų būti ne tokia aiški kaip jo. Ir vėl: jeigu jo teorija yra teisingai vadinama konceptualia, nes yra skatinamojo pobūdžio, tai tokia yra ir manoji.

Aš ir vėl kalbu hipotetiškai, nes manau, kad lygiai toks pat neteisingas pozityvizmo supratimas yra sakyti, kad jis yra skatinamojo pobūdžio, kaip ir sakyti, jog jis yra lingvistinis. Teisės teorijos yra konceptualios, tačiau nė vienu iš šių būdų. Anksčiau šioje knygoje aprašiau ypatingą intelektualinės veiklos rūšį, kurią pavadinau ypatingos sąvokos sampratos gynimu. Aš nepretenduoju į tai, kad jau pateikiau adekvatų ar netgi aiškų tos veiklos paaiškinimą, bet viliuosi, kad pateiktieji pavyzdžiai parodys, kaip ta veikla skiriasi nuo empirinio apibendrinimo, lingvistinio studijavimo ir lingvistinio pamokymo. Mums visiems – bent jau visiems teisininkams – yra bendra teisės *(law)* ir juridinės teisės sąvoka, ir mes ginčijamės dėl skirtingų tos sąvokos sampratų. Pozityvizmas gina tam tikrą sampratą, o aš mėginau apginti konkuruojančią sampratą. Mes nesutariame dėl to, kokios yra juridinės teisės, labai panašiu būdu kaip apie teisingumą kalbantys filosofai nesutaria, kas yra teisingumas. Dėmesį į konkrečios teisinės sistemos, su kuria esu itin gerai susipažinęs, detales aš sutelkiu ne tam, kad tik parodyčiau, jog pozityvizmas teikia varganą tos sistemos paaiškinimą, bet tam, kad parodyčiau, jog pozityvizmas teikia varganą juridinės teisės sąvokos sampratą. Mano argumentas ne tas, kad pozityvizmas yra neteisingas mūsų teisinės sistemos paaiškinimas, nors jis gali būti teisus aiškindamas kitas teisines sistemas, kaip, pavyzdžiui, koks nors istorikas galėtų tvirtinti, kad tam tikra teorija apie karo priežastis neteisingai aiškina Austrijos karą, nors ji gali būti teisi dėl kelių kitų karų.

Argumentų analogija teisingumo sąvokos naudai yra pravarti. Tarkime, jog kas nors pasisako prieš utilitarines teisingumo teorijas, parodydamas, kad šioms teorijoms nepavyksta paaiškinti, kodėl vergystė yra neteisingumas kokioje nors tikroje ar įsivaizduojamoje situacijoje, kurioje vergystė iš tikrųjų didina naudą. Jis galėtų pripažinti, kad kitose tikrose ar įsivaizduojamose situacijose vergija – kontrutilitariška, tačiau jo argumento intencija yra parodyti, kad net tada

vergija yra neteisinga ne dėl to, kad ji yra kontrutilitariška. Jis nori parodyti, kad utilitarizmas nėra patenkinama teisingumo koncepcija; jeigu tai teisinga, *niekas* nėra neteisinga vien dėl to, kad yra kontrutilitariška. Mano argumento ambicija yra tokia pati. Aš apeliuoju į sudėtingas modernias teisines sistemas, kad parodyčiau, jog kadangi šiose sistemose teiginio apie juridines teises tiesą gali sudaryti koks nors moralinis faktas, pozityvistinė juridinių teisių koncepcija turi būti neteisinga. Darau išvadą, kad turime atsisakyti pozityvistinės koncepcijos kitos koncepcijos naudai – tos, kurią aprašau 4-ame skyriuje ir anksčiau šiame priede. Ši koncepcija kiekvienos jurisdikcijos institucinę praktiką ir istoriją laiko reikšminga teiginių apie juridines teises tiesai, nors nebūtinai lemiamą. Tai reiškia, kad kai kuriose jurisdikcijose juridinės teisės smarkiai prieštarauja bet kokiai apginti galimai pamatinei politinei moralei. Nepaisant šio prieštaravimo, jos galioja instituciniu sprendimu. Tačiau taip yra ne dėl to, kad pozityvizmas šioms jurisdikcijoms teikia gerą juridinių teisių sampratą, o dėl to, kad teisių samprata tame kontekste teikia tą išvadą.

Baigiamosiose pastraipose Soperis teigia, kad mano teorija sukeltų daugiau sunkumų pozityvizmui, kaip jis jį supranta, jeigu ji taptų labiau normatyvinė ir mažiau teoretizuotų apie tai, kokie iš tikrųjų yra faktai arba mūsų praktika. Tačiau dalykas, kuris, jo manymu, mus skiria, – kokia iš tikrųjų yra mūsų teisinė praktika, – nėra paprastas ginčas dėl faktų. Pozityvistai ir aš nesiginčijame dėl praktikos detalių, kurią galėtume nustatyti, įdėmiau įsižiūrėdami, kad suprastume, kas pasakyta knygose arba suformuluodami protingesnius klausimynus teisėjams. Mes galime nesutarti dėl šios rūšies dalykų, tačiau šis nesutarimas nėra fundamentalus. Mes iš pagrindų nesutariame dėl to, kas galiausiai yra mūsų praktika, t. y. dėl to, kuris filosofinis tos praktikos paaiškinimas yra geresnis. Paskutiniame 4-o skyriaus skirsnyje mėginau paaiškinti, kodėl ginčai tarp piliečių apie tai, kokia iš tiesų yra jų visuomenės moralė, yra tokio pobūdžio ir kodėl būtų neteisinga šiuos ginčus suprasti vien kaip ginčus dėl populiariosios moralės, t. y. dėl pavienių individų moralinių įsitikinimų statistinių funkcijų. Jeigu tvirtiname tą kontrastą egzistuojant, tai diskusijos apie tai, kokia yra so-

cialinė moralė, yra normatyvinės, o ne (grynai) faktinės. Knyga argumentuoja tos pačios pažiūros į teisininkų ir teisėjų ginčus dėl to, kokia galiausiai iš tikrųjų yra institucinė istorija tam tikru klausimu, naudai. Klausimas, kokie principai yra „įtvirtinti" istorijoje, yra normatyvinis, o ne (grynai) istorinis. Toks yra ir klausimas, kokia iš tikro yra mūsų teisinė praktika kaip visuma. Ginčas tarp teisės teorijų turi tą pačią formą kaip ginčai tarp vienodos apsaugos nuostatos teorijų arba aplaidumo teorijų, nors pirmasis yra bendresnis.

6. NICKELIS IR TRUMPAREGYSTĖ

Aš sutinku su daugeliu dalykų, kuriuos profesorius Nickelis sako apie politines teises savo turiningoje esė. Pavyzdžiui, jis diskutuoja dėl mano esė apie Rawlso teisingumo teoriją pateikto aiškinimo to, ką aš pavadinau „konstruktyviu" moralinės teorijos rišlumo modeliu[1]. Aš sakiau, kad tas konstruktyvus modelis geriau pateisina tai, kaip Rawlsas naudoja reflektyviosios pusiausvyros idėją, nei kitas modelis, kurį vadinau „natūraliuoju" modeliu ir kurį daugelis kritikų manė esant palaikomą Rawlso argumento. Nickelio nuomone, aš nepateikiau jokių priežasčių manyti, jog konstruktyvusis modelis teikia gerą privataus moralinio samprotavimo paaiškinimą, ir aš sutinku. Iš tiesų nežinau, ar bet kokia rišlumo teorijos forma, kad ir kuriuo – konstruktyviuoju ar natūraliuoju – modeliu pagrįsta, būtų tam tinkama.

Nickelis abejoja mano argumentais prieš gerai žinomą idėją, kad sprendžiant, ar svarbios politinės individų teisės turi negalioti tam tikrais atvejais, dera ieškoti balanso tarp šių individualių teisių ir bendruomenės kaip visumos „teisių". Jis neteigia, kad bendruomenė turi teisę, – konkuruojančią su individų teisėmis, – tik į labai nežymius bendrąją gerovę keliančius patobulinimus, kad ir kaip ši būtų apibrėžiama. Jis sako, kad tokios teisės idėja yra „tik konservatoriaus pozicijos karikatūra"[2]. (Aš nesutinku – manau, jog daugelis kon-

[1] Žr. 6-ą skyrių.

[2] Nickel, „Dworkin on the Nature and Consequences of Rights", 11 *Ga. L. Rev.* 1115, 1137 (1977)

servatorių yra kalbėję taip, tarsi bendruomenė turi būtent tokią teisę, nors, žinoma, niekas nemano, kad ta bendruomenės teisė visuomet turi nugalėti visas individualias teises.) Tačiau atrodo, kad jis mano, jog kokių nors su individualiomis teisėmis konkuruojančių bendruomenės teisių idėja yra būtina siekiant „apriboti individualių teisių galiojimo mastą situacijose, kur jas ginti yra labai brangu kitų vertybių požiūriu"[1]. Tačiau, žinoma, galime pasakyti viską, ką norime, ir be tos idėjos, – kuri man atrodo lemianti painiavą, – kad bendruomenė kaip tokia turi teises. Pavyzdžiui, Nickelis kalba apie daugumos „teisę" į tai, kad sąžiningu̇ose rinkimuose būtų iškeltas jų kandidatas[2]; tačiau tuo mastu, kuriuo šitai yra teisių dalykas, tai yra individų, kurie sudaro daugumą, teisių dalykas. Mes tai vadiname daugumos teise tik tam, kad nurodytume pamatą ar sąlygas, kuriomis individai turi teisę, būtent – kai jie yra daugumos nariai. Be to, aš pripažinau, kad net didžiosios individualios teisės nėra absoliučios ir nusileis ypač stipriems pasekmės motyvams, kuriuos pavadinau – pernelyg dramatiškai – „krizinėmis situacijomis". Principo argumentas, įtvirtinantis individualią teisę kaip abstrakčią teisę, konkretesnėmis aplinkybėmis turi pripažinti negatyvius principo argumentus, iš kurių gali išplaukti, jog, pavyzdžiui, niekas neturi teisės laisvai kalbėti tai, ką galvoja, jei tai gali pakenkti tautos savigynos pajėgumui. Mes galime pritarti arba ne tam negatyviam principo argumentui, nedarydami prielaidos, kad tauta, suvokiama atskirai nuo ją sudarančių individų, turi teises, konkuruojančias su teisėmis tų, kurie nori kalbėti.

Nickelis taip pat abejoja dėl mano argumento, jog jeigu individas turi politinę teisę į tai, kad valdžia jam netrukdytų daryti tam tikrą dalyką, kriminalizuodama tą veiksmą, tai jis turi politinę teisę tą įstatymą pažeisti[3]. Jis sako, kad aš lyg ir manąs, jog tokiu atveju klausimui, ar tas ir tas turi moralinę teisę daryti tai ir tai, netgi nėra *reikšminga,* kad tas veiksmas prieštarauja teisei, o tai, jo nuomone,

[1] *Ibid.*

[2] *Ibid.*

[3] *Ibid.*, 1140.

prieštarauja sveikai nuovokai ir yra neįtikima. Šioje esė aš rūpestingai skyriau klausimą, ką tas ir tas ten apibrėžta griežtąja prasme turi politinę teisę daryti, nuo klausimo, ką daryti yra teisinga, ir rūpestingai pažymėjau, kad akto neteisėtumas, be abejo, yra reikšmingas pastarajam klausimui[1]. Tačiau ar valdžia turi kokį nors kitą įstatymo, pažeidžiančio fundamentalias kieno nors politines teises, įgyvendinimo pateisinimą, išskyrus tą, kuriuo ji pateisina patį įstatymo priėmimą? Aš maniau ir tebemanau, kad ne, nors galbūt šį dalyką derėtų formuluoti tiksliau. Galiu įsivaizduoti aplinkybes, kuriomis tai, kad įstatymas yra priimtas, taptų didelės žalos priežastimi, – susidarytų krizinė situacija, – jeigu neteisingas įstatymas nebūtų įgyvendintas, krizinė situacija, nebūtų kilusi, kaip ir tuo atveju, jei tas įstatymas niekad nebūtų buvęs priimtas. Nickelis būtų teisus, tvirtindamas, kad tokiu atveju įstatymo nulemta permaina, žinoma, būtų moraliai reikšminga ir galbūt netgi lemiama kaip argumentas prieš konkrečią teisę pažeisti teisę tomis aplinkybėmis. Tai, žinoma, nėra ta situacija, kurią turėjau omenyje, ir neracionalu tarti, kad tokia situacija artimoje ateityje susiklostys Jungtinėse Valstijose. Aš turėjau omenyje populiarų argumentą, kad visuomet padaroma tam tikra žala, kai demokratijoje nesilaikoma įstatymo. Tokio riboto pobūdžio žala negali teikti argumento prieš politinę teisę pažeisti įstatymą, jeigu tas įstatymas yra neteisėtas, nes pažeidžia fundamentalią politinę teisę.

Savo principiniame prieštaravime mano teisių teorijai Nickelis kelia visiškai kitokias problemas nei šios, jo iškeltos teisingai. Jam kelia rūpestį tai, ką jis laiko mano įsitikinimu, – jog vienintelis argumentas, įmanomas bet kokios politinės teisės naudai apskritai, yra argumentas, kad tokia teisė yra būtina norint apsaugoti tai, ką aš pavadinau fundamentalia teise į vienodą rūpestį ir pagarbą. „Įtariu, kad ši Dworkino trumparegystė kyla iš visiško žmogaus teisių klausimo sutapatinimo su politinės lygybės klausimu“[2]. Turime atidėti į šalį du jo keliamus klausimus. Jis abejoja tuo, jog teisių, kurias in-

[1] Žr. 7-ą skyrių.

[2] Nickel, 1129.

dividai turi bendrapiliečių atžvilgiu kaip teises, skirtingas nuo politinių teisių, teoriją galima parodyti kylant iš teisės į vienodą rūpestį ir pagarbą. Aš niekuomet nesakiau, kad tai galima parodyti, nors aišku, kad bet kurio individo teisė būti traktuojamam su „tam tikra" pagarba, teisė, kurią aš aptariau anksčiau toje esė, yra su ana susijusi teisė. Antra, jis abejoja tuo, kad net visos tos politinės teisės, kurias aš pats norėčiau pripažinti, gali būti apgintos pasitelkus perskyrą, kurią dariau tarp asmeninių ir išorinių teikiamų pirmenybių. O šįkart aš sutinku. Nesenoje esė bandžiau parodyti, kad galima pademonstruoti, kaip fundamentali teisė į vienodą rūpestį ir pagarbą teikia, pavyzdžiui, ekonomines teises, ir argumentas ten niekaip nesinaudoja ta perskyra[1].

Fundamentalesnė ir svarbesnė Nickelio kritika yra ta, kurią pateikia jo teiginys apie mano trumparegystę. Jis nerimauja, jog mano teisių teorija yra pernelyg glaudžiai susieta su teisėmis, kurias mes suvokiame kaip teises, turinčias būti teisėmis daugumos atžvilgiu demokratijoje, ir visiškai ignoruoja teises, kurios, kaip intuityviai jaučiame, turi būti teisės bet kokią valdymo formos atžvilgiu, kaip kad, pavyzdžiui, teisė nebūti kankinamam. Žinoma, negalima sakyti, kad valdžia gerbia fundamentalias žmogaus teises, jeigu ji žaloja kiekvieną ir žaloja juos vienodai. Be to, net jeigu ji žaloja tik kai kuriuos, mūsų prieštaravimas yra ne prieštaravimas prieš diskriminaciją; mes nemanome, kad situacija pagerėtų, žalojant daugiau žmonių.

Tačiau man neatrodo taip aišku, kad mūsų įsitikinimas, jog žmonės turi teisę nebūti žalojami ne dėl gerų tikslų, nėra galiausiai išvestas iš kokios nors lygybės sampratos. Bet prieš pamėgindamas apginti šį sprendinį, leisiu sau pakartoti, jau vien tam, kad būtų aiškiau, ką esu pasakęs, jog aš niekuomet neteigiau, kad mano pateiktieji argumentai tam tikrų politinių teisių naudai yra vieninteliai argumentai, kurie gali būti sėkmingi kaip argumentai kiekvienos iš tų teisių naudai. Aš rūpestingai paneigiau tą teiginį šios knygos įvade ir 12-ame skyriuje:

---

[1] Žr. Dworkin, „Liberalism", kn.: S. Hampshire (ed.) *Public and Private Morality* (1978).

Šį dalyką taip miglotai formuluoju dėl to, kad nėra pagrindo iš anksto daryti prielaidą, jog tik vienos rūšies pagrindas paremtų tą moralinę poziciją. Teisinga visuomenė galbūt pripažintų įvairias individualias teises, iš kurių kai kurios pagrįstos visai kitokiais moraliniais motyvais nei kitos. Likusioje skyriaus dalyje pamėginsiu nusakyti tik vieną iš galimų teisių pagrindų. Tai nereiškia, kad pilietinėje visuomenėje vyrai ir moterys turi tik tas teises, kurias mano plėtosimas argumentas paremtų; tai reiškia, kad jie turi mažų mažiausiai šias teises, ir šitai yra pakankamai svarbu[1].

Čia gal bus pravartu pakartoti tai, ką aš ten sakau [skyriuje, kurį aptaria Nickelis]: nei ten aprašytosios teisės, nei tų teisių pagrindimo metodas neatmeta kitų teisių ar kitų argumentavimo metodų galimybės. Bendroji teisių teorija numato, jog yra įmanomi įvairių rūšių argumentai, iš kurių kiekvienas gali būti pakankamas pateikti kokį nors pagrindą teigti, jog kolektyvinis tikslas, paprastai pateisinantis politinį sprendimą, nepateisina tam tikros tam ar kitam individui suteikiamos nenaudos.

Vis dėlto ši knyga palaiko vieną plačiai pripažįstamą argumentą politinių teisių naudai, būtent paskirų teisių išvedimą iš abstrakčios teisės į rūpestį ir pagarbą, suprantamos kaip fundamentalios ir aksiominės[2].

Ta abstrakti teisė reikalauja, kad pareigūnai ir tie, kurie juos kontroliuoja, nediskriminuotų piliečių tokiu būdu, kuris atima vienodą rūpestį arba pagarbą iš vienos grupės kitos naudai. Tai yra labai abstraktus reikalavimas, ir nesenoje mano minėtoje esė mėginau parodyti, ko, remiantis skirtingomis pagarbos sampratomis, abstraktus principas reikalauja konkretesnėmis aplinkybėmis. Demokratijoje šis fundamentalaus reikalavimo aspektas, nediskriminavimo reikalavimas, bus labai svarbus. Tačiau, žinoma, lygios apsaugos nuostata ir pagarbos principas reikalauja, kad pareigūnai ir tie, kurie juos kontroliuoja, traktuotų piliečius su tokiu pačiu rūpesčiu, kokį rodo jie

[1] Žr. p. 381.

[2] Žr. p. 17–18.

patys, ir totalitarinėse valstybėse tas principo aspektas bus dar svarbesnis. Būtų galima tarti, kad tuo atveju nuoroda į principo numatomą lygybę yra nebūtina ar net klaidinama; geriau būtų sakyti, kad pareigūnai visus piliečius turi traktuoti su pagarba ir rūpesčiu arba kaip autonomiškus žmones, o tai pašalina kankinimo galimybę. Galbūt, tačiau lygybės idėjos intencija – suteikti turinį pagarbos ir autonomijos idėjoms: esantys valdžioje privalo pagal idėją traktuoti kitus taip, kaip jie traktuoja save, ne tuo atžvilgiu, kad turi teikti jiems tik tas pačias gėrybes ir galimybes, kuriomis naudojasi patys, kaip kad mazochistinis tironas galėtų teisėtai kamuoti kiekvieną taip kaip save, bet fundamentalesniu atžvilgiu, tuo, kad privalo stengtis, kiek tai įmanoma, kiekvieno asmens situaciją suprasti kaip apibrėžiamą to asmens ambicijų ir vertybių, lygiai kaip jis turi suprasti savo situaciją kaip apibrėžiamą jo paties ambicijų ir vertybių, kad turėtų tą savivoką kaip savimonei, taigi ir savitapatumui būtiną dalyką[1]. Dabar negaliu pataisyti to galimai klaidinamo teiginio apie prasmę, kuria, mano manymu, lygybės idėjos galia pranoksta paprastai jai priskiriamas ribas, nors, žinoma, turiu tai daryti, jeigu noriu išplėsti savo teiginių apie fundamentalų principą galiojimą, palyginti su įvade, iš kurio ką tik citavau, pateiktais teiginiais. Dabar tenoriu pasakyti, kad gali būti neabsurdiška lygybės idėjų aptikti net mūsų įsitikinimo, kad kankinimas yra neteisybė, pagrinde.

Čia derama vieta paminėti neteisingą interpretaciją, kurios Nickelis neteikia, bet kurią yra pateikę kiti. Jie sako, kad argumentai, kuriuos aš teikiu 9-ame ir 12-ame skyriuose naudodamas perskyrą tarp asmeninių ir išorinių teikiamų pirmenybių, sudaro bendrą utilitarizmo, iš kurio pašalintos išorinės teikiamos pirmenybės, teigimą, taigi – kad esu įsipareigojęs remti bet kokį politinį sprendimą, padiktuotą kiekvieno utilitarinio argumento, nesiremiančio tokiomis teikiamomis pirmenybėmis. Savo tekste nerandu nieko šiai pozicijai

---

[1] Taip pat žr. Williams, „The Idea of Equality", kn: P. Laslett and W. Runciman (eds), *Philosophy, Politics and Society* (1962), perspausdinta Williams, *Problems of the Self* (1973).

paremti, jos ir nepalaikau. Mano argumentai yra argumentai prieš nevaržomą utilitarizmą, o ne už suvaržytą utilitarizmą. Aš sakau, kad utilitarinis argumentas negali būti geras argumentas, jeigu remiasi išoriniais prioritetais[1]; tačiau tai nereiškia, kad utilitarinis argumentas yra geras argumentas vien dėl to, kad jis jais nesiremia. Esu įsitikinęs, jog kompromiso *(trade-off)* argumentai, taip pat ir utilitariniai, turi svarbią vietą politinėje teorijoje – ne dėl to, kad totalus malonumas yra gėris pats savame, o dėl to ir tik tuo mastu, kuriuo jie yra argumentai, tarnaujantys lygybei; o utilitariniai argumentai, kaip pažymiu straipsnyje „Liberalizmas"[2], gali būti neegalitariniai dėl priežasčių, visiškai nepriklausomų nuo išorinių teikiamų pirmenybių.

Mano mintys buvau interpretuojamos – dar mažiau įtikinamai – kaip teigiančios, kad išoriniai prioritetai patys savaime yra blogis ir kad žmonės turi siekti jų neturėti ir privalo balsuoti ignoruodami tuos išorinius prioritetus, kuriuos jie turi. Aš niekuomet nenaudojau perskyros tarp asmeninių ir išorinių prioritetų tam, kad nusakyčiau, kaip žmonės turi veikti ar balsuoti. Mano teiginiams negali būti nieko svetimesnio už idėją, kad žmonės turėtų veikti paisydami tik savo pačių interesų ir niekuomet – vaikų, mylimųjų, draugų ar žmonijos interesų labui, arba kad jų balsai, jiems balsuojant, neturėtų atspindėti jų teisingumo idealų ar kitų politinių idealų, lygiai kaip neturėtų atspindėti jų savanaudiškų interesų. Ši perskyra – tai perskyra tarp teikiamų pirmenybių, ir ji yra daroma teikiamų pirmenybių utilitarizmo aptarimo kontekste. Aš argumentuoju tik prieš atsižvelgimą į išorinius prioritetus, – ar jie būtų piktavališki, ar altruistiniai, geri ar blogi, – pateisinant kokį nors utilitarinį politinį sprendimą. Žmonės neišvengiamai turės įvairiausių rūšių išorinių prioritetų ir savo asmeniniame gyvenime jomis vadovausis. Geri žmonės turės gerus išorinius prioritetus, o blogi žmonės – blogus. Jie balsuos už savo iš-

---

[1] Per laiką, praėjusį nuo 12-o skyriaus parašymo, aptikau, kad kažkas panašaus į mano perskyrą tarp išorinių ir asmeninių teikiamų pirmenybių yra būtina ekonomikoje, siekiant išvengti to, ką imta vadinti „Seno paradoksu". Žr. Sen, „Liberty, Unanimity and Rights", 43, *Economica* 217 (1976) ir ten aptariamą literatūrą.

[2] Kn.: S. Hampshire (ed.), *Public and Private Morality* (1978).

orinius prioritetus; pavyzdžiui, balsuos už tuos teisės kūrėjus, kurie laikosi tokių pačių kaip jų politinio teisingumo teorijų. Kaip kitaip jie turėtų nuspręsti, už ką balsuoti? Tačiau kai šie įstatymų kūrėjai išrenkami, juos saisto suvaržymai, nustatantys, kokiu mastu teikiamų prioritetų utilitarizmas teikia jų sprendimų pateisinimą; t. y. – kokiu mastu tai, kad dauguma teikia pirmenybę tam tikrai dalykų padėčiai (kurią reikia skirti nuo teisingumo to, ko nori dauguma), galioja kaip argumentas politinio sprendimo tą padėtį kurti naudai. Tai, kad dauguma asmeniškai teikia pirmenybę sporto stadionui, o ne operos teatrui, gali būti argumentas stadiono naudai. Tai, kad dauguma mano, jog homoseksualumas yra amoralu arba kad žiaurumas vaikų atžvilgiu yra blogai, mano galva, neturėtų būti argumentas kieno nors naudai, nors, žinoma, į faktą, kad žiaurumas žaloja vaikus, reikia labai rimtai atsižvelgti.

Ar ši perskyra neįtikima? Imkime dvi visuomenes, iš kurių kiekvienoje keletas neįgaliųjų yra nepajėgūs pasirūpinti savimi. Pirmojoje dauguma neįgaliųjų likimui yra abejinga, o antrojoje dauguma laikosi išorinių altruistinių prioritetų, kad neįgaliųjų nedalia turi būti palengvinta. Aš teigiu, kad pagalbos neįgaliesiems politiniu veiksmu pateisinimas, jei tos visuomenės daugiau niekuo nesiskiria, antrojoje visuomenėje nėra stipresnis nei pirmojoje, tačiau, žinoma, yra kur kas tikėtiniau, jog antroji tų veiksmų imsis. Tikiuosi, jog vargu ar reikia pridurti, kad teisingumo principas, kuriuo tiki antroji dauguma, išties teikia gerą pagrindą politiniam sprendimui. Tačiau kadangi pagrindą teikia būtent principo solidumas, o ne jo populiarumo faktas, tas pagrindas yra vienodai stiprus abiejose visuomenėse.

Pagaliau galiu paminėti su aptartaisiais nesusijusį mano aprašymui keliamą Nickelio prieštaravimą, – „Sunkiosiose bylose“[1] – to, kaip teisėjai sprendžia bylas ir kaip jie turėtų jas spręsti. Aš sakiau, kad Heraklis, turintis antžmogiškų gebėjimų ir todėl dirbantis labai greitai, galėtų iš anksto išplėtoti baigtą politinę teoriją, labai kruopščiai detalizuotą, kurią pasitelkęs galėtų imtis konkrečių sunkiųjų by-

[1] Žr. p. 125.

lų. Aš nenorėjau pasakyti, kad paprastesni teisėjai iš tikrųjų daro tą patį, tik jų darbą riboja jų menkesnės pastangos ir laikas[1]. Galvoje veikiau turėjau tai, kad jie padaro labai mažai to darbo, kai proga pareikalauja, todėl pateikia ne kokią nors bendrą teoriją, bet geriausiu atveju tik bendros teorijos fragmentus arba, kaip, be abejo, dažnai būna, skirtingų teorijų fragmentus. Net ir tai darydami, jie remiasi ne formaliu filosofiniu išsilavinimu, bet intuityviomis idėjomis – jas paprastesnė sistema patvirtintų idėjomis, kurias labiau suformuluoja savo intuicijų gynimo patirtis, susidūrus su tikrais ir hipotetiškais atvejais, teikiamais jų praktikos. Kaip sakiau paraleliu filosofiškai mąstančio šachmatų teisėjo atveju, „[t]ai, žinoma, yra tik sąmojinga rekonstrukcija apskaičiavimo, kuris niekuomet nebus daromas; bet kurio pareigūno nuovoka apie žaidimą susiklostys per karjerą, ir jis priimdamas sprendimus veikiau naudosis ta nuovoka, o ne ją eksponuos". Dabar tai pakartoju, nes, be Nickelio, ir kiti prieštaravo mano aprašymui tuo pagrindu, kad teisėjo sprendimai nepanašūs į politinės filosofijos esė. Kai kurie iš jų panašūs, ir norėčiau, kad tokių būtų daugiau, bet nenorėčiau teisių tezės, kaip supratimo, kas glūdi už teisėjo sprendimo modelio įtikinamumo daryti priklausomo nuo tam tikro kiekio nuomonių, kurių paviršiuje yra matomas tas modelis.

7. MACKIE'IS IR NERIMTAS REIKALAS

Pagrindiniai Johno Mackie'io komentarai apie mano teisėjavimo teoriją[2] yra politiniai, bet prieš pateikdamas savo politines abejones, jis pažymi tai, kas jam mano pažiūrose atrodo bent jau problemiška. Kai kurios iš šių problemų buvo iškeltos kitų ir jau aptartos šiame priede, tačiau vieną problemą iškelia tik Mackie'is. Šios knygos 13-ame skyriuje darau prielaidą, jog tam tikrais atvejais (kurie, mano

[1] Žr. Nickel, 1135.

[2] J. L. Mackie, „The Third Theory of Law", *Phil. and Pub. Aff.*, vol. 7, n.1 (1977), p. 3.

manymu, sudėtingose teisinėse sistemose turi būti labai reti) vienos pusės argumentas gali būti toks pat geras, kaip ir kitos pusės. Tokius atvejus aš vadinu „lygiosiomis" *(ties)*. Mackie'is sako, kad mano argumentas, jog lygiosios turi būti retos, yra pagrįstas tuo, ką jis pavadina pernelyg paprasta „metrika". Jis [mano argumentas] remiasi prielaida paprasto balanso tarp dviejų svorių, tiksliai atsveriančių vienas kitą taip, jog jei prie kurios nors iš pusių būtų pridėtas nors menkiausias papildomas svoris, balansas būtų pažeistas ir viena svarstyklių pusė nusvertų kitą. Tačiau, sako Mackie'is, bylos, kurios neturi teisingo atsakymo, gali būti tokios bylos, kai iš dviejų pusių neįmanoma pasirinkti ne dėl to, kad tarp jų yra tiksli pusiausvyra šia prasme, bet dėl to, kad argumentacijos yra nebendramatės. Tekste jis pateikia panašumo iš veido pavyzdį, tačiau šį argumentą galima suformuluoti stipriau, kaip Mackie'is padarė pokalbio metu, tiesiogiai aptardamas sunkiąsias bylas. Įsivaizduokime atvejį, kuris atrodo teikiąs lygiąsias mano aprašytąja prasme. Mes manome, kad dvi teisės teorijos teikiančios priešingus sprendimus, teikia visiškai vienodai gerą iki tol išleistų įstatymų ir precedentų pateisinimą. Bet dabar tarkime, jog mes atrandame seną, nesvarbų ir blankų precedentą, kuris yra galimas pateisinti vienos, bet ne kitos teorijos pagrindu. Jeigu dvi teorijos būtų tiksliai lygiasvorės, naujai atskleistas precedentas, kad ir koks blankus, turėtų būti lemiamas. Tačiau iš tikrųjų naujai atskleistas precedentas gali neturėti poveikio mūsų įsitikinimui, kad iš teorijų nėra kaip pasirinkti. Mes galime būti visai nelinkę sakyti, kad tokio atvejo atradimas gali turėti lemiamos reikšmės. Jeigu taip, – tvirtina Mackie'is, – tai pradinė padėtis be išeities nebuvo vienodų svorių pusiausvyros lemtos lygiosios, o nebendramatiškumo atvejis ir mano argumentai, jog simetriškos lygiosios turi būti retos, neįrodo, kad nebendramatiškumai turi būti reti.

Tačiau Mackie'io argumento pateikiamas teorijų teikiamo istorijos pateisinimo būdo paaiškinimas dviem aspektais skiriasi nuo mano rekomenduojamo paaiškinimo. Pirma, jis taria, kad pagrindinės medžiagos dalies pateisinimas kaip pateisinimas automatiškai tampa

geresnis, kai jis pateisina didesnį tos medžiagos procentą – nors ir labai maža persvara. Nematau pagrindo, kodėl šitai turėtų būti taip. Kai dvi teorijos konkuruoja to, ką pavadinau atitikties plotme, atžvilgiu, varžomasi ne dėl to, kiek skirtingų istorijos momentų kiekviena paaiškina. (Išties, neturime jokio tokios istorijos elementų individualizacijos principo, kurio reikalautų toks testavimas. Kiek sudedamųjų istorijos elementų yra sudėtingame įstatyme? Ar sunkioji byla su daug šalių ar susijusi su grupiniu veiksmu laikytina turinčia daugiau sudedamųjų elementų negu paprastesnė byla?) Varžybos pagal tą plotmę suponuoja metriką, kuri yra ne tokia preciziška ir labiau – apibūdinimo dalykas. Kiekviena iš dviejų teorijų gali „pakankamai", bet nevisiškai atitikti „didelį kiekį" precedentų, tačiau vienai gali būti atiduota pirmenybė kitos atžvilgiu dėl to, kad galima įtikinamiau parodyti, jog ji paaiškina nesenų sprendimų „tendenciją". Tokiu atveju nė vienos iš jų teikiamo pateisinimo nepagerina paprasčiausias vieno ar dviejų senesnių atvejų, paaiškinamų vienos, bet ne kitos teorijos, atskleidimas. Antra, mano aprašytoji pateisinimo koncepcija, nenumato, kad bet koks patobulinimas pagal atitikties dimensiją automatiškai yra viso pateisinimo patobulinimas. Ji numato atitikties slenkstį, kurį turi atitikti bet kokia teorija, kuri galiausiai privalo būti kvalifikuojama kaip tinkama, tačiau teigia, kad jeigu kiekviena iš dviejų teorijų įveikia tą slenkstį, pasirinkimas kurios nors iš jų vadovausis politine morale. (Neseniai paskelbtoje straipsnio „Teisingo atsakymo nėra" išplėstoje versijoje[1] aš pripažinau, kad mano tezė, jog lygiosios bus retos, palaiko kitokią moralės koncepciją nei kokia nors koncepcija, pagal kurią įvairios moralės teorijos dažnai yra nebendramatiškos.)

Pagrindinis Mackie'io prieštaravimas yra, kaip sakiau, politinis prieštaravimas. Jis pažymi, kad vienoje trumpoje knygos recenzijoje esu pasakęs, jog kai kuriose iki Pilietinio karo iškeltose vergystės bylose (turėjau omeny iš esmės tinkamo proceso bylas) geresnis teisinis argumentas pateisino sprendimą prieš vergų gaudytojus ir apkaltintų ver-

[1] Pasirodys *New York University Law Review.*

gų naudai, nors teisėjai padarė priešingą sprendimą. Mackie'is kuria teisinį argumentą, ketinantį sekti ta mano rekomenduojama argumento forma, argumentą, kuris pateisintų teisėjų padarytą sprendimą, ir pažymi, kad mąstantys geros valios teisėjai galėtų lygiai taip pat priimti jo argumentą, kaip ir mano. Jis nemano (manau), kad kiekvienas iš dviejų argumentų iš tikrųjų yra vienodo svorio. Be jokios abejonės jis mano, kad jo argumentas šiais konkrečiais atvejais iš tikrųjų yra geresnis už mano. Tačiau jis tiesiog nori pasakyti, jog nėra tikra, kad teisėjai, kurie turi išspręsti šiuos klausimus, mano argumentus manytų esant geresnius ir kad todėl skaitytojai neturėtų galvoti, jog mano rekomenduojamas teisėjavimo metodas būtinai teiktų patrauklesnius sprendimus net ir Jungtinėse Valstijose ar Britanijoje.

Nesu linkęs sutikti net su šiuo labiau santūresniu teiginiu. Teisėjai, kurie sprendė šias bylas, kaip piliečiai buvo politiškai įsipareigoję: jie buvo prieš vergiją iš principo. Taigi jų požiūris į individų teises, ir konkrečiai į juodaodžių kaip žmonių teises, kuris, manau, būtų palaikęs mano argumentą jeigu jie būtų pripažinę tikrąjį tokių principų vaidmenį teisinėje argumentacijoje. Mano istorinis teiginys palaiko teisinę poziciją, kuri sutampa su profesoriaus Coverio (mano recenzuotos knygos autoriaus), bet ginčijama Mackie'io: ji remiasi prielaida, kad tinkamo proceso vergijos bylos buvo sunkiosios bylos, o ne galimos išspręsti dėl iš anksto aiškios konstitucinių nuostatų ir įstatymų reikšmės. Tačiau aišku, kad jeigu teisėjai būtų manę, jog pozityvi teisė yra aiški iš anksto, jie nebūtų pasitelkę nė tų argumentų, kuriuos jiems sukūrė Mackie'is.

Tačiau tai yra tik konkrečių istorinių bylų analizė, kuri neliečia bendresnio Mackie'io argumento. Mano teisėjavimo teorija teisėjams suteikia daugiau politinės galios, negu jiems jos duoda pozityvizmas, ir kad mes turėtume taikyti mano teoriją tik tuomet, kai (arba jei) mums priimtina, kad tą galią turėtų teisėjai, o ne teisės kūrėjai ar kiti pareigūnai. Ar tai teisinga interpretacija? Mackie'is nuspėja štai kokį atsakymą, kurio tikisi iš manęs: „Pozityvizmas teikia teisėjams tiek pat politinės galios kaip ir mano teorija. Pozityvizmas taip pat pripažįsta perskyrą tarp paprastųjų bylų, kai egzistuoja

nustatyta teisė ir teisėjas yra pareigos saistomas spręsti taip, kaip diktuoja teisė, ir sunkiųjų bylų, kai teisėjas yra laisvas pasinaudoti įstatymų leidėjo suteikta galia. Mano teorija rekomenduoja, kad teisėjai darytų politinius sprendimus tik sunkiosiose bylose, o, anot pozityvizmo rekomendacijos, naudojimasis teisėkūros diskrecija yra taip pat ir politinės galios realizavimas." Mackie'is iš anksto pareiškia, kad mano atsakymas nevykęs, nes mano teorija, palyginti su pozityvizmu, daugiau bylų priskiria sunkiosioms byloms – sudaro daugiau erdvės ginčyti tai, kas laikoma nustatytąja teise. Jo argumentas čia susideda tik iš mano pažiūros citavimo, kad tinkamo proceso vergijos bylos nebuvo reguliuojamos nustatytosios teisės. Tačiau tai – prastas argumentas. Pats Mackie'is šiuo klausimu sako tik tai, kad „yra toli gražu neaišku, jog (tinkamos) nuostatos pažeidžia tinkamą procesą". Tai nereiškia, kad yra aišku, jog jos nepažeidžia. Bet tarkime, kad jis šiuo atveju yra geresnis konstitucinės teisės specialistas negu Coveris arba aš ir kad jis yra teisus. Tuomet tai reiškia, kad mudu savo teisės analizėje padarėme klaidą, o ne tai, kad mano teisėjavimo teorija kokiu nors būdu tą klaidą pateisina. Teisės istorija taip pat neteigia, kad teisininkai, kurie save vadina pozityvistais, – kaip, pavyzdžiui, Holmesas, – yra itin nelinkę manyti esant nenustatyta tai, ką kiti manė esant aiškiai nustatyta.

Iš tikrųjų klausimas, ar mano teorija leidžia ginčyti labiau „įtvirtintą" teisę *(law)*, yra sunkus. Daug priklauso nuo doktrinos ir praktikos konkrečiose jurisdikcijose – pavyzdžiui, ar šios leidžia atšaukti nepageidaujamus precedentus. Tačiau Mackie'is būtų galėjęs pateikti stipresnį argumentą nei pateikė. Jis būtų galėjęs pasakyti, kad pozityvizmas leidžia teisėjui būti pagarbesniam kitoms institucijoms, kai jis kuria „naują teisę" sunkiosiose bylose, ir galbūt net skatina jį tai daryti. Kadangi pozityvizmas teigia, kad nė viena iš sudėtingos bylos šalių neturi teisės į jokį konkretų sprendimą, teisėjas pozityvistas gali priimti bendrą atsakomybę, reikalaujančią priimti tokį sprendimą, kurį, jo manymu, būtų priėmęs įstatymų leidėjas, – iš pagarbumo kokiai nors demokratijos teorijai arba sklandaus valdymo interesų labui. (Minėtoje knygos recenzijoje aš teigiau, kad teisėjai iki

Pilietinio karo galėjo būti veikiami tokios atsakomybės jausmo.) O mano teisėjavimo teorija tvirtina, kad sunkiųjų bylų šalys turi jurisdines teises, ir teisėjas, kuris įsipareigoja stengtis tas teises nustatyti, negali būti veikiamas jokio jo teorijai apie tas teises priešingo konkuruojančio samprotavimo apie demokratiją ar efektyvų valdymą. Tad Mackie'is dėl šios priežasties gali būti teisus darydamas prielaidą, kad politiniai teisėjų įsitikinimai mano teorijoje yra reikšmingesni.

Tačiau esama dviejų priešingų motyvų. Pirma, visiems žinomas priekaištas, adresuojamas tiek britų, tiek amerikiečių teisėjams, yra tas, kad jie savo sprendimuose vogčiomis realizuoja savo politinius įsitikinimus, dėdamiesi atskleidžią, kokia „iš tikrųjų" buvo įstatymų leidėjo intencija arba ką jis „būtų daręs, jeigu būtų žinojęs problemą"[1]. Kai kurie kritikai kaltina, kad taip daroma tyčia; kiti – kad tai vyksta nesąmoningai. Išties daugeliu atvejų, kai iš pažiūros klusnūs teisėjai remiasi įstatymų leidėjo intencija arba hipoteze *(counterfactuals)* apie tai, ką įstatymų leidėjas būtų daręs, yra kvaila manyti, jog teisingą atsakymą į šiuos klausimus jiems pasiseka rasti dėl to, kad nėra teisingų atsakymų, kuriuos būtų galima rasti.

Šie kaltinimai veidmainyste ar saviapgaule teikia naudingą paties Mackie'io kaltinimų, kad mano teorija koketuoja su teise, patikrinimo kriterijų. (Esu jam dėkingas už tai, kad man paaiškino, kokia tikroji pastarojo kaltinimo reikšmė. Maniau, kad tai užuomina į moteris, kurios vienu metu sėkmingai derina ištikimybę ir laisvumą.) Jis mano, kad mano teorija skatins apgaulę, nes teisėjai manys, jog jie atranda teisinių klausimų sprendimus, o iš tikrųjų suteiks įstatymo statusą savo asmeniniams įsitikinimams. Šis kaltinimas, žinoma, kelia klausimą, ar teorinis mano rekomendacijų pamatas yra deramas. Jeigu jis yra deramas, tai teisėjai daro viską, ką gali, kad atrastų šalių teises, ir jokios apgaulės čia nėra. Tačiau net jeigu mano teorinių teiginių negalima apginti, sukčiavimo, jeigu tokio esama, atrodo, ieškotina kitame teisme. Heraklis savo nuomonėse aiškiai nurodo politinės moralės įtaką jo sprendimams. Pozityvistai, kurie remiasi įsta-

[1] Žr., pvz., Griffith, *The Politics of the Judiciary* (1977).

tymų leidėjo intencija ar kitomis hipotezėmis, dažnai slepia savo įsitikinimų įtaką.

Antrojo prieštaraujančio fakto reikšmė yra sudėtingesnė. Pozityvizmas teigia, jog teisėjai, sunkiosiose bylose įgyvendindami savo naujos teisės kūrimo diskreciją kurti, gali kurti naują teisę remdamiesi politinėmis nuostatomis, lygiai kaip gali kurti naują teisę remdamiesi principais. Mano teorija palaiko teiginį, jog kadangi teisėjų pareiga, net sunkiosiose bylose, yra identifikuoti šalių teises, tokiose bylose jie turėtų remtis principo argumentais, o ne politinės nuostatos argumentais. Antrasis šio priedo skirsnis aptaria klausimą, ar teiginys labai reikšmingas praktikai. Aš tvirtinu, kad jis visada turės kokios nors reikšmės ir kad to reikšmingumo laipsnis priklausys nuo svarstomojo įstatymo srities, ypač nuo to, ar teisėjas laikosi konsekvencialistinės teisių, kurios sudaro tą sritį, teorijos. Dabar šis klausimas aktualus, nes, mano manymu, pavojai individualiai laisvei yra kur kas didesni, kai teisėjai kviečiami kurti naują teisę politinės nuostatos sprendimų pagrindu (tokių kaip sprendimas, kad tam tikras elgesys yra žalingas visuomenės gerovei arba kad siekiant didesnio atgrasomojo poveikio derėtų padidinti bausmes), nei tuomet, kai iš teisėjų reikalaujama ginti moralines ir politines teises, kurias turi jų bendruomenės piliečiai. Pirmuoju atveju pavojus yra tas, kad teisėjai apribos individualią laisvę didesniu mastu nei ją galėtų apriboti niekaip nepatobulintas įprastas politinis procesas su savo saugikliais ir inercija. Antruoju atveju pavojus yra daugiausia negatyvus: tas, kad teisėjai bus konservatyvūs ir mažiau naudosis savo galia, nei jie galėtų tai daryti atsisakydami pripažinti individualias teises, kurių politinis procesas dar nėra įtvirtinęs pozityvioje teisėje. Tai yra apibendrinimai, ir nė vienas iš jų nėra absoliučiai teisingas. Nesunku įsivaizduoti atvejus, kai teisėjai gali padaryti didelę skriaudą, net civilinėse bylose, kurdami neteisingą nuosavybės teisių sampratą. Tačiau teiginys kelia praktinį klausimą, kuriuo Mackie'is turėtų bent jau papildyti savo politinių klausimų, į kuriuos atsižvelgė mano teorija, sąrašą. Tarkime, jog tiesa yra ta, kad mažai tikėtina, jog teisėjai, taikydami teisių tezę, iš esmės apribos individualią laisvę daugiau, negu ją

yra apribojęs įstatymų leidėjas, jeigu jų politiniai įsitikinimai yra konservatyvūs, tačiau išplės individualią laisvę, kai jų įsitikinimai yra liberalūs. Tuomet liberalams ši tezė atrodys mažių mažiausiai geresnis lažybų objektas nei senoviški triukai, apie kuriuos kalba Mackie'is.

8. RAZAS IR TEISIŲ BANALUMAS

Glaustoje esė dr. Razas kelia labai daug klausimų[1]; kai kurie iš jų jau buvo aptariami šiame priede[2]; tačiau klausimo, kuriam jis skiria daugiausiai dėmesio, dar nesvarstėme, o Razo pateiktas aptarimas atskleidžia svarbų nesusipratimą, kurį galėtų pakartoti kiti. Aš teigiu, kad pretenzijos į politines teises turi būti suprantamos funkciškai, kaip pretenzijos į kokį nors pamatinį kolektyvinį pateisinimą, kuris paprastai yra lemiamas. Todėl politinė pretenzijų į teisę galia priklauso nuo politinės bendruomenės, kurioje jos reiškiamos, bendros

---

[1] Raz, „Professor Dworkin's Theory of Rights", *XXVI Political Studies* 123 (1978).

[2] Pavyzdžiui, kai dėl jo išorinių ir asmeninių teikiamų pirmenybių diskusijos, žr. p. 497–498. Didžiojoje recenzijos dalyje aptariama teisinės teorijos ir politinės teorijos perskyra. Razas teigia, kad teisių tezė yra „tuščiavidurė". Tačiau savo kaltinimą jis grindžia toliau tekste klaidinga analizuojamo mano teisių aiškinimo interpretacija, diskutuojamo, taip pat, prielaida, plačiai dėstoma šio priedo 2-ame skirsnyje, kad jeigu teisės kartais priklauso nuo pasekmių, tai visi pasekmės argumentai yra teisių argumentai. Aptardamas tai, ką jis vadina mano „konservatyvia teze" (įvardijimas, kuriuo aš džiaugiuosi, nes jis prieštarauja plačiai paplitusiai prielaidai, atsispindinčiai Mackie'io kritikoje, kad mano teisės teorija yra radikali), jis ignoruoja perskyrą, kurią aš darau tarp juridinių teisių ir pamatinių moralinių teisių, su kuriomis juridinės teisės gali konfliktuoti, ir tos perskyros reikšmę klausimui, ką nemoralioje teisinėje sistemoje teisėjas turi galiausiai daryti. Kai dėl jo diskusijos dėl to, ką jis vadina mano argumentu apeliuojant į teisingumą, mano teiginį, kad teisės propozicijų tiesos sąlygos kartais apima moralės sąlygas, jis aprašo kaip „prigimtinės teisės tezę" *(natural law thesis)*. Tačiau jis neteisingai perteikia įvairius mano argumentus, kuriuos pateikiau to teiginio naudai (žr. 2-ą, 4-ą ir 13-ą skyrius bei šio priedo 3-ią, 4-ą ir 5-ą skirsnius), ir savo priešingą teiginį gina tenurodydamas savo ankstesnį straipsnį, visai neanalizuodamas mano atsakymo į tą straipsnį 3-iame skyriuje ir kategoriškai tvirtindamas itin paprastą teisinio pozityvizmo versiją.

struktūros. Kitaip tariant, ji priklauso nuo to, koks kolektyvinio pateisinimo tipas toje politinėje bendruomenėje yra laikomas bendru pamatiniu pateisinimu, aiškiai – tos bendruomenės visuotinėje politinėje moralėje, kiek ši egzistuoja, arba implicitiškai – jos principinių įstatymų leidybos institucijų modelyje.

Šiuolaikinėse Jungtinėse Valstijose ir Britanijoje tam tikra apeliacija į bendrąją gerovę, suprantama kaip apeliacija į utilitarinį teikiamų pirmenybių maksimizavimą, teikia bendrąjį politinių sprendimų pateisinimą, o įstatymų leidėjo ir parlamentų struktūra yra pritaikyta kurti bendrąją gerovę ir jai tarnauti. Taigi pretenzija į politinę teisę yra pretenzija į kozirį prieš bendrąją gerovę pavienio individo naudai. Pavyzdžiui, kai kas nors pretenduoja į žodžio laisvės teisę, jis teigia, kad būtų neteisinga, jei valstybė uždraustų jam kalbėti kokia nors tema, net jei neleidus jam kalbėti padidėtų bendroji gerovė. Teiginio hipotetinis pobūdis yra svarbus. Pavyzdžiui, kai kalbame apie teisę nebūti kankinamam, mes pabrėžiame ypatingą kankinimo neteisingumą, nes teigiame, jog kankinimas būtų neteisybė, net jeigu jo reikalautų bendras interesas. Tačiau kalbėti apie teisę nebūti kankinamam yra derama, net jei kankinimas tarnautų tik privatiems arba neteisėtiems interesams. Kankinimas pastaruoju atveju yra neteisingas *a fortiori*.

Aiškiai politiškuose šios knygos skyriuose aš teikiu ypatingą vietą teisių reikalavimams kaip kozirio reikalavimams – iškeliu juos virš bendro utilitarinio pateisinimo, nes analizuoju politinius sprendimus bendruomenėse, kuriose bendras kolektyvinis pateisinimas yra utilitarinis. Nenoriu pasakyti, kad individai turi teisių tik tokioje bendruomenėje. Tarkime, kad politinė bendruomenė, kurioje bendrąjį pagrindinį pateisinimą sudaro kokia nors valstybės šlovės siekimas arba jos karinės pozicijos pagerinimas, arba kurios nors klasės triumfas, arba absoliuti tautos materialinė gerovė, kiekvienu iš šių atveju – kaip tikslas, vertinamas savaime, dėl jo paties. Tokioje visuomenėje praktinė reikalavimų į teisę galia pasireiškia tuo, kad koks nors sprendimas, kuris teikia nenaudą individui, yra neteisingas, net jeigu jis pasitarnauja politiniams tikslams. Tačiau 12-o skyriaus argumentai

rodo, kad net teisių turinys gali būti įvairus, priklausomai nuo pagrindinio pateisinimo arba politinių institucijų, sukurtų įgyvendinti skirtingiems pagrindiniams pateisinimams, struktūra. Mat teisės, pašalinančios išorinių prioritetų galimybę politiniame procese, gali būti būtinos politinėje bendruomenėje, kurios įstatymų leidybos struktūra pateikia utilitarinį pagrindinį pateisinimą, o nariai turi sistemiškus prietarus, nors nebūtinos kitoje bendruomenėje. Teiginys, kad kokios nors mažumos nariai turi tam tikrų teisių tokioje visuomenėje (galbūt, tarkime, teisę į integruotą lavinimą), bus pagrįstas argumentais, nebūtinai pripažįstamais kitur. Tačiau daugelis teisių yra universalios, nes yra argumentų, pagrindžiančių šias teises bet kokioj bendruomenėj bet kokiomis aplinkybėmis, kurias galima pagrįstai tikėtis aptikti politinėje visuomenėje. Būtent šios galėtų būti pagrįstai vadinamos žmogaus teisėmis.

Razas pažymi, jog teisių kaip kozirių idėja gali būti naudojama taip, kad teisių apimtis bus groteskiškai išplėsta, ir šitaip reikalavimą į teisę padaryti banalią. Šitai, aišku, yra įmanoma – mes galėtume nustatyti, kad asmuo turi teisę, jeigu jam teikiama nenauda turi priežastį, stipresnę nei kuri nors kita bet kokios rūšies priežastis, kuria galima pasiremti argumentuojant tos nenaudos naudai. Dauguma teisių (pagal šį aiškinimą) neturės visiškai jokios praktinės svarbos. Tuomet mums prireiktų naujos teisių sąvokos, teisių kaip kozirių svarbių kolektyvinių pateisinimų atžvilgiu, o tai aš visų pirmiausia ir siūlau. Niekas neturi politinės teisės (pagal mano aiškinimą), jeigu priežastys, dėl kurių jam reikia suteikti tai, ko jis prašo, yra stipresnės už kokį nors *kolektyvinį* pateisinimą, kuris paprastai suteikia pakankamą politinį sprendimo pateisinimą[1]. Kieno nors griežta teikiama pirmenybė ledams su riešutais išties yra priežastis, reikalaujanti iš visuomenės auginti pistacijas, ir tai yra stipresnė priežastis negu kitos, kurias galima rasti ar sugalvoti, kodėl nereikia auginti pistacijų, pavyzdžiui, tokios kaip kieno nors kito netvirta teikiama pirmenybė vanilei. Tačiau beprasmiška kalbėti apie teisę turėti pistacijų

[1] Žr., pvz., p. 139.

(arba bendresnę teisę į tai, kad stiprūs prioritetai būtų pripažįstami), jeigu mes neturime galvoje, kad tas prioritetas yra priežastis auginti pistacijas, net jei *kolektyvinės* bendruomenės teikiamos pirmenybės būtų geriau patenkinamos gaminant vanilę. Aš sakau „beprasmiška", o ne „neteisinga", nes neteigiu (kaip rūpestingai pabrėžiau), jog mano teisių paaiškinimas tiksliai ar visiškai vartoja kasdienę kalbą. Mano paaiškinimas ta prasme yra reikalavimas. (Jis tikrai nėra empirinis atskleidimas, kitaip nei ta teisių teorija, kuri, kaip kartais teigia Razas, gali būti empiriškai atskleidžiama.) Tačiau tai yra toks reikalavimas (man bent jau taip atrodo), kuris izoliuoja išskirtinai svarbią politinės teorijos idėją, būtent kolektyviai pateisinamų sprendimų individualaus kozirio atžvilgiu idėją. Šis reikalavimas taip pat apima Amerikos konstitucinėje praktikoje naudojamą individualių teisių idėją.

Čia turėčiau pridurti (nors taip tiesiog pakartosiu tai, kas yra aišku knygoje), kad mano siūloma teisių teorija neneigia, jog kai kurios teisės yra svarbesnės už kitas. Jokia tariama teisė nėra teisė (pagal mano aiškinimą), jeigu ji nenuginčija bent ribinio bendro kolektyvinio pateisinimo; tačiau viena teisė yra svarbesnė už kitą, jeigu koks nors ypač dramatiškas ar neatidėliotinas kolektyvinis pateisinimas nugalės antrąją, bet ne pirmąją teisę, viršydamas tą slenkstį.

Neteisingas Razo supratimas lemia painiavą jo diskusijoje, kurioje jis svarsto tai, ką vadina „teisėmis į gerovę". Jis sako, kad aš neigiu, jog žmonės gali turėti teisių į gerovę, ir kad šitai yra priešinga tam, ką mano daugelis žmonių. Tačiau šioje reikalavimų į gerovę kategorijoje jis suplaka labai skirtingus teiginius. Mano siūlomas teisių aiškinimas reiškia, kad visuomenėje, kurios bendras pamatinis pateisinimas yra utilitarinis, paika sakyti, ką nors turint teisę būtent į tą gerovės laipsnį, kurį rekomenduoja tas bendras pamatinis pateisinimas. Paika, nes ši tariama teisė funkcionuoja tik tam, kad patvirtintų, o ne tam, kad ginčytų kolektyvinį pateisinimą. Ji neteigia nieko daugiau, išskyrus tai, ką teiktų kolektyvinis pateisinimas, nepalaikomas jokios individualių teisių idėjos. Bet tarkime, kad teisės į gerovę teiginys, kurį siūlo utilitarizmas, yra teikiamas kokio nors

kitokio kolektyvinio pateisinimo kontekste, tokio kaip karinės galios ar nacionalinės šlovės, kaip tikslo savaime, pateisinimas. Tuomet reikalavimas yra pernelyg stiprus, kad būtų laikomas tokios rūšies reikalavimu į teisę, koks šioje teorijoje yra svarstomas. Ji teigia, kad esminis kolektyvinis pagrindimas turi būti panaikintas ir pakeistas utilitarizmu, o ne tiesiog tai, jog jis konkrečiomis progomis turi nusileisti teisėms kaip koziriams. Mat kai jau pripažįstama idėja, kad yra neteisinga atimti iš individų tą gerovę, – kad ir kokia ji būtų, – kurią rekomenduotų utilitarinis pateisinimas, nelieka jokios erdvės ginčytiems karinės galios ar nacionalinės šlovės savitiksliams tikslams. Tad tas, kuris reikalauja tokios teisės teisių idėją naudoja ne taip, kaip aš siūlau, ir (kaip tvirtino Benthamas) jis galėtų argumentuoti paprasčiau – visiškai išvengdamas teisių idėjos.

Tačiau kai Razas kalba apie „teises į gerovę“, jis turi galvoje ne tiesiog tariamą teisę į tą gerovės laipsnį, – kad ir koks jis būtų, – kurio reikalautų utilitarinis pagrindinis pateisinimas. Jis turi galvoje taip pat teiginį, kad koks nors asmuo (ar grupė) turi teisę į tam tikrą minimalų gerovės lygį; arba – į ne mažesnę gerovę nei kuri nors apibrėžiama geriausios padėties asmens (ar grupės) gerovės dalis; ar galbūt į lygiai tokią pat gerovę kaip kiekvieno kito asmens (ar grupės). Tačiau šie populiarūs teiginiai labai skiriasi nuo teiginio, kad asmuo arba grupė turi teisę į gerovę, reikalaujamą kokio nors visa apimančio kolektyvinio pateisinimo. Pavyzdžiui, teiginį, kad kas nors turi teisę į minimalų gerovės lygį, galima lengvai suprasti kaip teiginį, kad yra neteisinga, kai valdžia palaiko ekonominę sistemą, kurioje tam tikri individai arba šeimos, arba grupės atsiduria žemiau minimalios gerovės ribos, net jei ta ekonominė sistema teikia didesnę vidutinę naudą (didesnę bendrą kolektyvinę gerovę) negu bet kuri kita sistema. Mano siūlomas teisių aiškinimas neatmeta tokios rūšies teiginio. Priešingai, to aiškinimo dorybė, mano galva, yra ta, kad jis aiškiai nurodo, jog būtent konkurencija tarp minimaliųjų gerovės lygmenų ir bendrosios kolektyvinės gerovės yra tai, su kuo turima reikalo, kai diskutuojama dėl šios rūšies „teisės“ į gerovę.

Razas mano, kad esama svarbios permainos tarp ankstesniuose

šios knygos skyriuose pateikiamos politinės teorijos ir tos, kuri siūloma 12-ame skyriuje. Ankstesnieji skyriai pateikia teisių aiškinimą, kurį ką tik gyniau: anot jo, teisės veikia kaip koziriai prieš kokį nors pamatinį pateisinimą, kuris pagrįstas kolektyvine gerove. 12-ame skyriuje šis antagonizmas tarp individualių teisių ir kolektyvinės gerovės, pasak Razo, išnyksta, nes ir individualios teisės, ir kolektyvinė gerovė yra suprantama kaip pasekmės labai bendros teisės, kurią vadinu visų politinės bendruomenės narių teise būti traktuojamiems kaip lygiems. Tačiau čia nėra jokio nenuoseklumo.

Individualios politinės teisės gali būti suprantamos tik funkciškai, kaip aš ką tik sakiau, atsižvelgiant į šių teisių vaidmenį politiniame procese. Mūsų politinėje bendruomenėje šis vaidmuo kelia antagonizmą tarp teisių ir bendrosios gerovės reikalavimų. Tačiau toks aprašymas kelia štai kokį svarbų klausimą. Ar šis antagonizmas politinio argumento lygmeniu atspindi gilų antagonizmą fundamentalesniu lygmeniu? Ar individualios teisės įkūnija kokį nors gilų politinį idealą, pavyzdžiui, individualaus orumo ir autonomijos idėją, o kolektyvinė gerovė – kitą, konkuruojantį idealą, pavyzdžiui, idėją, jog malonumas yra gėris savaime? Jeigu taip, politinė teorija (ar bent jau politinė teorija, kuri būtų būtina pateisinti institucijoms tokioms kaip mūsiškės ir kuri remiasi tiek teisėmis, tiek kolektyvine gerove) yra pliuralistinė fundamentaliu lygmeniu. Arba, kita vertus, ar paviršutiniškas antagonizmas tarp teisių ir kolektyvinės gerovės nėra politinės teorijos pasekmė, kuri gilesniu lygmeniu yra vieninga? 12-as skyrius ir įvado bei šio priedo dalys remia pastarąją hipotezę, o vėlesnėje esė „Liberalizmas“, į kurią aš jau dariau nuorodų, ji dar labiau sutvirtinama. Aš teigiu, kad individualios politinės teisės *ir* kolektyvinės gerovės idėja, *ir* idėja, kad jos funkcionuoja kaip antagonistai politinių debatų lygmeniu – visos yra išvestos iš politinės lygiųjų bendruomenės fundamentalaus idealo. Aš tikrai kalbėjau apie „teisę“ būti traktuojamam kaip lygiam, su vienodu rūpesčiu ir pagarba, bet pažymėjau, kad šitai yra „tokia fundamentali teisė, kad jos neapima bendras teisių kaip kozirių prieš kolektyvinius tikslus apibūdinimas, nebent kaip ribinio atvejo, nes ji yra tiek bendro kolektyvinių tikslų

autoriteto, tiek specialių jų autoriteto apribojimų, kurie pateisina individualesnes teises, šaltinis“[1]. Tačiau Razo komentarai teigia, kad apskritai visoks kalbėjimas apie traktavimo kaip lygaus idėją kaip apie „teisę“ yra klaidinamas.

Razas turi ką pasakyti apie traktavimo kaip lygaus idėjos turinį, kad ir kaip ji būtų aprašoma, – kaip teisė ar ne. Sekdamas profesoriumi Bennu[2], jis sako, kad ši idėja iš tikrųjų visai nesiremia lygybe. (Šią idėją minėjau ir komentavau anksčiau[3].) Jis taip pat sako, kad ta idėja yra tuščia, nes ją galima sutaikinti su daug skirtingų paskirstymo modelių. Tačiau tai yra klaida dvejopa prasme. Pirma, teiginys, kad valdžia su vienodu rūpesčiu ir pagarba turi traktuoti tuos, kuriems ji siekia būti autoritetas, net kaip abstraktus teiginys nėra tuščia, nes pašalina kadaise dominavusių ir tam tikruose sluoksniuose tebesančių populiarių politinių pozicijų galimybę. Antra, išvada, kuria pagrįstas Razo kaltinimas man, – kad jeigu kiekviena iš dviejų skirtingų abstrakčios sąvokos sampratų gali būti tvirtinama su tam tikru įtikimumu, tai abstrakti sąvoka nerekomenduoja vienos arba kitos, – neteisingai supranta abstrakčių sąvokų vaidmenį politinėje teorijoje ir debatuose. Straipsnyje „Liberalizmas“ aš aiškinu, kad suprasti populiariausias politines pozicijas ir pripažinti svarbias perskyras tarp jų galima suvokus, jog kiekviena iš jų reprezentuoja skirtingą abstraktaus lygybės reikalavimo sampratą. Šios skirtingos sampratos išties konkuruoja tarpusavyje, nes jos rekomenduoja, be kitų dalykų, skirtingas ekonominio paskirstymo schemas. Tačiau vargu ar tai reiškia, kad viena samprata, kaip samprata, negali būti geresnė už kitas.

---

[1] Žr. p. 17.

[2] Žr. Benn, „Egalitarianism and the Equal Consideration of Interests“, in Pennock and Chapman (eds), *Nomos IX: Equality* (1967), pp. 66–7.

[3] Žr. p. 496–497.

Vardų rodyklė

Agnew, S., 299
Albert, L., 68
Ali, Muhammad, 267
Austin, John, 47, 48, 59, 74
Austin, J. L., 27

Beale, Joseph, 39
Bentham, Jeremy, 7–10, 13, 118, 199, 262, 328–330, 341, 365, 366, 369, 375, 377, 378, 439, 511
Berlin, I., 373, 375
Bickel, A., 210–214, 217, 325
Blackstone, W., 39
Brandeis, L., 176, 214, 232
Brandt, R., 144
Burke, E., 11, 12, 214

Cardozo, B., 166, 173, 176
Carrio, G., 80, 81, 104
Carswell, H., 193
Christie, G., 80, 81
Coase, R., 146, 148, 449, 450
Coffin, W. S., 291, 296, 309
Cohen, Felix, 22
Cohen, Morris, 22
Coleridge, S. T., 365, 371

DeFunis, M., 315–324, 326–328, 337
Devlin, Lord, 248, 340, 341, 343–345, 347–349, 351, 357–361, 364
Douglas, W. O., 169, 317

Feinberg, J., 231
Ferber, M., 292, 309
Frank, Jerome, 22, 23
Frankfurter, F., 51, 180, 214
Friday, H., 193
Fuller, L., 23

Gallie, W., 155
Goodman, M., 292, 309
Gray, John Chipman, 22
Griswold, E., 253, 291, 293
Gross, H., 80
Hall, Jerome, 30, 31
Hand, L., 148–150, 205, 210, 213, 277, 428, 429
Hare, R., 236
Hart, H., 23, 26
Hart, H. L. A., 10, 16, 23, 26–36, 41, 44–48, 58, 59, 64, 67, 71–76, 80, 81, 84–87, 89, 90, 93, 94, 96–101, 103, 104, 106, 113, 154, 166, 234, 256,

344, 404, 407–409, 456, 461, 480, 482–484, 486, 487
Hayek, F., 11, 364
Hayneswort, C., 193
Himmelfarb, G., 364–369, 371
Holmes, O. W., 22, 33, 205, 210, 277, 299, 485, 504
Honoré, A. M., 27

Jefferson, T., 373, 374

Kant, I., 248, 252
Kendall, W., 364

Laing, R., 381
Lasswell, H., 23
Lilly, M., 193
Llewelyn, K., 22
Lowell, A. L., 325

MacCallum, G., 81, 110
Mackie, J., 251, 487, 500–507
Marcuse, H., 367
Marshall, J., 208
Marx, K., 289
Mill, J., 369
Mill, J. S., 261, 332, 341, 364–372, 386
Nagel, S., 25

Nixon, R., 193–196, 202, 204–207, 215, 216, 264

Paine, T., 247
Posner, R., 146, 147
Pound, R., 23, 69, 70
Powell, L., 193
Pritchett, C. H., 25
Probert, W., 80

Quine, W. V., 237

Raskin, M., 291, 309
Rawls, J., 14, 58, 133, 217–219, 223–231, 236–243, 246, 249–252, 254–261, 334, 451, 492
Raz, J., 80, 81, 104, 110, 114, 117, 118, 122–124, 461, 507
Rehnquist, W., 193
Rostow, E. V., 357

Sachs, A., 23
Sartorius, R., 80, 96, 105, 107, 475
Schubert, G., 25
Shockley, W., 368
Sidgwick, H., 251
Spock, B., 291, 296, 309
Stephen, J. F., 364
Sturges, W., 22

Tapper, C., 80
Taylor, H., 364, 365

Warren, E., 162, 176, 193, 194, 200, 202, 205, 210, 211, 213, 232
Wechsler, H., 234
Wellington H. H., 68

Dworkin, Ronald
Dv79
Rimtas požiūris į teises : teisės sociologija /
Ronald Dworkin ; iš anglų kalbos vertė Karolis Klimka. –
Vilnius: Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla,
2004. – 516 p. – Vardų rodyklė: p. 515–516
ISBN 9986-39-313-2

Garsaus, originaliai mąstančio JAV teisės filosofo Ronaldo Dworkino studija „Rimtas požiūris į teises" – vienas iš svarbiausių šiuolaikinių teisėtyros kūrinių. Konceptualumas šioje knygoje dera su konkrečių bylų ir problemiškų atvejų analize – ir moksliška, ir patrauklia. Teisės klausimai šių dienų Lietuvoje aktualizuoti. Dėl to dabar pasirodantis šio veikalo vertimas neabejotinai sudomins ir specialistus, ir studentus, ir plačiąją visuomenę.

UDK 34:316

Ronald Dworkin
RIMTAS POŽIŪRIS Į TEISES

Redaktorė ir korektorė Teresė Gužauskienė
Specialusis redaktorius Jaunius Gumbis
Leidyklos redaktorius Saulius Repečka
Dailininkas Romas Orantas
Maketavo Dalia Kavaliūnaitė

2003 11 07. 26,9 leid. apsk. l.
Užsakymas 4.171. Tiražas 2000. 420-oji leidyklos knyga.
Išleido Lietuvos rašytojų s-gos leidykla,
K. Sirvydo 6, 01101 Vilnius
www.rsleidykla.lt / info@rsleidykla.lt
Spausdino AB spaustuvė „Spindulys",
Gedimino 10, 3000 Kaunas.
www.spindulys.lt

Ronaldas **Dworkinas** (g. 1931) – vienas iš garsiausių šiuolaikinių JAV teisės teoretikų. Studijavo Harvardo ir Oksfordo universitetuose. Nuo 1962 m. dėsto Jeilio, Oksfordo, Londono, Niujorko universitetuose. Britų akademijos ir Amerikos menų ir mokslų akademijos narys. Teisės tyrinėtojai R. Dworkiną vadina „įtakingiausia britų ir amerikiečių teisės teorijos figūra“, o jo darbus apibūdina kaip „monumentalius teisėtyros orientyrus“.

„Tai – svarbiausia teisėtyros studija po H. L. A. Harto TEISĖS SAMPRATOS bent jau filosofiniu požiūriu, šį darbą galima pavadinti svariausiu Amerikos autoriaus indėliu į šį mokslą...“
THE NEW YORK REVIEW OF BOOKS

„Tai retas malonumas – svarbus, originalus filosofijos darbas, kurį malonu skaityti. Dworkinas samprotauja įtikinamai, vaizdingai ir elegantiškai.“
THE YALE LAW REVIEW

„Reikšmingiausia šio dešimtmečio teisės filosofijos knyga ir, be abejo, vienas iš įdomiausių mūsų šimtmečio darbų.“
ETHICS

CEU ATVIROS LIETUVOS KNYGA

ALK – serija verstinių knygų, kurias leidžia įvairios leidyklos, remiamos Atviros Lietuvos fondo. Serijos tikslas – supažindinti skaitytojus su šiuolaikiniais humanitarinių ir socialinių mokslų veikalais. Šios knygos leidimą ALF remia kartu su Vidurio Europos universiteto Vertimų projektu.

ISSN 1392-1673
ISBN 9986-39-313-2
9 789986 393139
REKOMENDUOJAMA
KAINA 30 Lt